

# UNIVERSIDAD DE CUENCA



**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES**

**ESCUELA DE DERECHO**

**“LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL ROL DE LA  
PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO”**

*MONOGRAFÍA PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL  
TÍTULO DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE  
JUSTICIA Y LICENCIADA EN CIENCIAS POLÍTICAS Y  
SOCIALES.*

**AUTORA:**

RAQUEL MARITZA SACAQUIRIN MOSCOSO

**DIRECTOR:**

DR. ENRIQUE TIBERIO TORRES REGALADO

**CUENCA – ECUADOR**

**2015**



## RESUMEN

Está presente investigación tiene como objetivo determinar la importancia, el rol que cumple la Procuraduría General del Estado dentro de la Administración Pública, esto porque la Procuraduría General del Estado constituye un organismo público técnico jurídico de patrocinio, asesoramiento y control de los actos y contratos suscritos por los organismos y entidades del sector público; siendo esta Institución quién ejerza la Representación Judicial del Estado y el patrocinio de sus instituciones.

Asimismo recoge una investigación acerca de la naturaleza jurídica de los dictámenes del Procurador General del Estado y un análisis de la Constitucionalidad de los Artículos 3 y 13 de la Ley de la Procuraduría General del Estado. Para esto es necesario realizar estudio de las diferentes Manifestaciones de la Administración Pública, así como también es importante el estudio de los Principios que rigen la Administración Pública pues son pilares fundamentales y nos van a permitir conocer los diversos principios que consagra la Constitución a esta Administración.

**PALABRAS CLAVES:** PROCURADURÍA, ROL, DICTAMEN, ADMINISTRACIÓN, VINCULANTE.



## **ABSTRACT**

It is present investigation aims to determine the importance, the role played by the Attorney General's Office within the Public Administration, this because the Attorney General's Office is a technical legal sponsorship, advice and monitoring of events public body and contracts by agencies and public sector entities; It is this institution who holds the legal representation of the State and sponsoring institutions.

It also includes an investigation into the legal nature of the opinions of the Attorney General and an analysis of the constitutionality of Articles 3 and 13 of the Law of the Attorney General. For this it is necessary to study the various manifestations of Public Administration, and is also important to study the principles governing public administration as they are fundamental pillars and will allow us to meet the various principles enshrined in the Constitution to this Administration.

**KEYWORDS:** ATTORNEY, ROL, OPINION, DIRECTORS, BINDING.



## ÍNDICE

RESUMEN .....	2
ABSTRACT .....	3
ÍNDICE .....	4
CLÁUSULA DE DERECHO DE AUTOR .....	6
CLAUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL .....	7
DEDICATORIA.....	8
AGRADECIMIENTO.....	9
INTRODUCCIÓN .....	10
CAPÍTULO PRIMERO .....	12
LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO .....	12
1.1.Creación y Reseña Histórica.....	12
1.2.Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.-.....	17
1.3.Funciones y Atribuciones .....	20
CAPÍTULO SEGUNDO .....	24
MANIFESTACIONES DE LA VOLUNTAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	24
2.1.Acto Administrativo. ....	24
2.1.1. Elementos del Acto Administrativo.....	25
2.1.2 Características de los Actos Administrativos.- .....	27
2.1.3 Requisitos de los Actos Administrativos.- .....	30
2.1.4 La validez y eficacia del Acto Administrativo.- .....	36
2.1.5 Revocatoria del Acto Administrativo.- .....	37
2.1.6 Contratos Administrativos.- .....	40
2.2 Hechos Administrativos.- .....	45
2.3 Reglamentos Administrativos.- .....	45
CAPÍTULO TERCERO .....	47
PRINCIPIOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA .....	47
3.1 Principio de Dignidad Humana.-.....	47
3.2 Principio de igualdad.-.....	48
3.3 Principio de Seguridad Jurídica.- .....	49
3.4 Principio de Legalidad.-.....	50
3.5 Principio de Legitimidad.- .....	52



3.6 Principio de Autotutela Administrativa.-.....	52
3.7 Principio de jerarquía.- .....	53
3.8 Principio de Especialidad.- .....	53
3.9 Principio de Permanencia.- .....	54
3.10 Principio de Eficiencia.- .....	54
3.11 Principio de Calidad.- .....	54
3.12 Principio de desconcentración.- .....	54
3.13 Principio de Descentralización.- .....	55
3.14 Principio de Coordinación.- .....	55
3.15 Principio de participación.- .....	56
3.16 Principio de Planificación.- .....	56
3.17 Principio de Transparencia.- .....	57
3.18 Principio de Evaluación.-.....	57
CAPÍTULO CUARTO .....	59
EL ROL DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO.....	59
CAPÍTULO QUINTO .....	63
LA FACULTAD INTERPRETATIVA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO POR LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO.....	63
5.1 Constitucionalidad de los Artículos 3 y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.....	63
5.2 Naturaleza Jurídica de la absolución de consultas de la Procuraduría General del Estado. ....	67
CONCLUSIONES.....	73
BIBLIOGRAFÍA .....	75



## CLÁUSULA DE DERECHO DE AUTOR



Universidad de Cuenca  
Clausula de derechos de autor

Raquel Maritza Sacaquirin Moscoso, autora de la tesis "LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL ROL DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO", reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art. 5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de *ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA Y LICENCIADA EN CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES*. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicará afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autor/a

Cuenca, Mayo 2015

Raquel Maritza Sacaquirin Moscoso  
C.I: 0106842412



## CLAUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL



Universidad de Cuenca  
Clausula de propiedad intelectual

Raquel Maritza Sacaquirin Moscoso, autora de la tesis "LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL ROL DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Cuenca, Mayo 2015

Raquel Maritza Sacaquirin Moscoso  
C.I: 0106842412



## DEDICATORIA

*A Dios por todas las bendiciones que me ha dado, por darme sabiduría, y por estar conmigo siempre.*

*A mis padres que con amor, paciencia, sacrificio y lucha han hecho que cumpla una de mis metas, pues son los pilares de mi vida.*

*A mi hijo **Martín Alejandro** quién es mi inspiración y motivo de lucha, mi alegría de todos los días, el mejor regalo y bendición que Dios me dio; sus sonrisas me llenan todos los días y hace que todo en esta vida sea posible.*

*A mis hermanos que con sus consejos y apoyo constante me han incentivado a seguir adelante y no dejarme vencer por nada ni nadie. A mis sobrinos que con sus sonrisas y cariño me inspiran.*





## AGRADECIMIENTO

*Agradezco a Dios por siempre colmar mi vida de bendiciones alegrías y por darme sabiduría para terminar esta etapa de mi vida. A mis padres y hermanos por sus consejos y compañía en este trayecto.*

*De manera especial a mi Director **Dr. Tiberio Torres Regalado** por el apoyo incondicional en la elaboración del presente trabajo.*

*Al **Dr. Pablo Cordero Díaz** por su ayuda y apoyo sincero prestado en la elaboración de este trabajo.*

*A mis amigos y compañeros que siempre han estado ahí para brindarme su apoyo y amistad.*

## INTRODUCCIÓN

Ecuador, en el siglo XXI, atraviesa por una circunstancia histórica de cambios profundos en el orden social, político, económico, jurídico y conductual.

La Procuraduría General del Estado es una Institución fundamental dentro de la Administración Pública, pues se convierte en el Abogado del Estado, es decir, su Representante Judicial dentro y fuera del país.

Desde la expedición de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado se determinó el carácter vinculante de los dictámenes del Procurador General del Estado, pues es en este escenario donde se originan los problemas para la administración a la hora de tomar las decisiones.

Con este trabajo pretendo hacer un estudio a fin de evidenciar la importancia que tiene este organismo dentro de la Administración Pública, y hasta qué punto son vinculantes las consultas absueltas por la Procuraduría General del Estado y la responsabilidad que puede generar. Por eso lo he desarrollado en cinco capítulos.

En el primer capítulo luego de hacer una breve reseña histórica sobre origen de la Procuraduría General del Estado, se analizan las principales funciones que cumple en materia de defensa judicial del Estado y asesoramiento, así como un estudio de la Ley de la Procuraduría General del Estado

En el segundo capítulo se analizan las diferentes Manifestaciones de la Administración Pública, este tema es fundamental, pues tiene planteamientos que se hace respecto del acto administrativo. Especial referencia se hará al derecho de participación del ciudadano en la toma de decisiones de la autoridad, cuyo ejercicio efectivo es una exigencia del Estado Constitucional de Derecho. Esta necesidad de participación, como criterio de legitimidad y eficacia real de los actos administrativos, ha producido una reformulación de los conceptos en una tendencia hacia la Administración concertada y democrática, guiada por el respeto



y promoción de los derechos fundamentales, como componente central del concepto de bien común.

En el tercer capítulo se analiza los Principios que rige la Administración Pública, en vista de que estos constituyen pilares fundamentales y son consagrados en la Constitución de la República en su Artículo 227.

En el cuarto capítulo se realiza un análisis del Rol que cumple la Procuraduría General del Estado, en busca de determinar su misión; y en el Capítulo Quinto se analiza la naturaleza jurídica de los dictámenes o las consultas absueltas por el Procurador General del Estado; sobre la Constitucionalidad de los Artículos 3 y 13 de la Ley de la Procuraduría General del Estado.

El estudio de todos los tópicos señalados se justifica por la necesidad de lograr una Administración Pública que satisfaga a cabalidad las implicaciones del principio fundamental de juridicidad, que está sumado de modo inescindible a los principios de eficacia y de eficiencia que permita cumplir con el fin que tiene la Administración Pública, Artículo 3 de la Constitución de la República, como es satisfacer las necesidades colectivas e institucionales y así evitar falencias, que pueden afectar a las partes contratantes.

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO**

Uno de los cambios importantes que se encuentra en la Constitución de la República del 2008 es la redefinición de la Procuraduría General del Estado.

Hasta la Constitución de 1998, la Procuraduría estuvo considerada como un órgano de control conjuntamente con la Contraloría General del Estado, el Ministerio Público, las Superintendencias y no obstante que mantiene entre sus atribuciones los actos y contratos que prescriben los organismos y entidades del sector público, de tal manera que ya no forma parte orgánica de los organismos de control sino que se la ha incluido en el capítulo de la administración pública.

#### **1.1. Creación y Reseña Histórica.**

En nuestro país rigieron las leyes españolas que castigaban el mal manejo de fondos públicos y disponían perseguir estos delitos, mientras que para el asesoramiento legal, la Presidencia de Quito contaba con los Consejeros, cuyo dictamen no era obligatorio.

Ya en la época republicana, se crea la figura del Defensor del Fisco, como funcionario que dependía del Ejecutivo, y cuya función era la de perseguir los delitos cometidos en contra del Estado. El asesoramiento legal lo prestaba el Consejo de Estado, que de conformidad con la Constitución de 1830, tenía la facultad de emitir dictamen para la sanción de las leyes, así como en todos los “negocios graves” en el que fuera consultado con la característica de que el Ejecutivo no estaba obligado a acogerlo.

El Consejo de Estado, al que en otros períodos se denominó Consejo de Gobierno, conservó la atribución de asesoramiento del Ejecutivo, en las Constituciones que rigieron hasta 1946, período durante el cual, como se observa, dicho asesoramiento no obligaba al Presidente de la República. Es durante el Gobierno interino del Doctor Isidro Ayora, que se crea el cargo de



Procurador General de la Nación, mediante Decreto Supremo No. 188, publicado en el Registro Oficial No. 706 de 2 de agosto de 1928, cuyo artículo 6 disponía que dicho funcionario fuera de libre nombramiento y remoción del Poder Ejecutivo.

De conformidad con el artículo 3 del citado Decreto, correspondía al Procurador General de la Nación: “Comparecer en cualquiera instancia y ante cualquier Juez o Tribunal, por iniciativa propia o resolución del Poder Ejecutivo, en los juicios que interesen a la Hacienda Pública” y, “Dar dictamen sobre la inteligencia o aplicación de una ley, en cualquier asunto relacionado con el interés público.” (Decreto 188, Artículo 3)

Este Decreto llenó una necesidad que se presentaba en ese entonces, de que exista un funcionario que represente al Estado como abogado, en las acciones y defensas judiciales que le interesaren, aunque es necesario precisar que el término de Procurador General de la Nación, inicialmente utilizado, resulta impropio, toda vez que la Nación carece de personalidad jurídica, característica que el ordenamiento jurídico le asigna al Estado.

La Asamblea Nacional de 1938 reconoció las instituciones creadas con posterioridad a la Constitución de 1906, como era el caso de la Procuraduría General de la Nación, y mediante Decreto del Congreso Nacional, de 2 de marzo de 1939, se ratifica la existencia de la Procuraduría, aún como parte de Ejecutivo.

Por Decreto Supremo No. 547 publicado en el Registro Oficial No. 52 de 2 de agosto de 1944, durante el gobierno de José María Velasco Ibarra, se confirió a la Procuraduría General de la Nación el carácter de organismo autónomo, pero ello sólo de manera formal, pues en el mismo Decreto en su artículo 1º establecía que la Procuraduría se mantendría jerárquicamente adscrita a la Presidencia de la República.

El Decreto disponía que “La representación, defensa y asistencia en juicio del Estado y de sus instituciones será ejercida por el Procurador General de la Nación.”; omitió referirse al tema del asesoramiento, pero en su lugar incorporó dos nuevas atribuciones para la Procuraduría, la de emitir informe “En todo

contrato cuya cuantía sea mayor de cien mil sucres y en el cual se impongan obligaciones a la Nación o al Fisco”. y la de “...realizar las labores necesarias para la codificación de las leyes ecuatorianas.” (Decreto Nro. 547)

Durante este período, si bien se mantiene la dependencia de la Procuraduría respecto del Ejecutivo, de alguna manera ya se empieza a incorporar la idea de que se trata de un organismo de control de la legalidad, cuando se le asigna la atribución referida a la emisión de informes respecto de contratos, pues ello permitía vigilar los términos en que el Estado asumía obligaciones.

La Constitución Política de 1945, en su artículo 82 crea organismos técnicos asesores de la Función Ejecutiva, adscritos a cada Ministerio, y les asigna la atribución de asesorar al respectivo Ministro y presentar proyectos de ley. La misma Constitución, en su artículo 134, cuyo texto se mantuvo en la Constitución del año siguiente, asignó a la Procuraduría General de la Nación, todavía bajo la dirección del Presidente de la República, el ejercicio del Ministerio Público, esto es competencia para perseguir los delitos cometidos en contra del Estado, regresando a la concepción originaria de que el Procurador era el Defensor del Fisco.

En el artículo 223 y siguientes, de la Constitución Política elaborada por la Asamblea Nacional Constituyente de 1966-1967, bajo el Título X “De otros Organismos del Estado”, se dispone que corresponde al Procurador General del Estado, el ejercicio del Ministerio Público. Es importante notar, que es la primera ocasión en la que se utiliza, con propiedad, la denominación de Procuraduría General del Estado, en lugar de Procuraduría General de la Nación.

Mediante Decreto Supremo No. 1082, publicado en el Registro Oficial No. 278 de 30 de julio de 1971, durante una nueva administración del doctor José María Velasco Ibarra, se promulga la Ley de Patrocinio del Estado, en la que se ratifica la denominación utilizada en la Constitución de 1966, de Procuraduría General del Estado, asignándole autonomía pero nuevamente de manera únicamente formal, pues continuaba adscrita a la Presidencia de la República.

De tal manera que, hasta ese entonces la Procuraduría no gozaba de autonomía en el ejercicio de sus funciones, sino que se mantenía vinculada con el Ejecutivo; por otro lado, se observa que sus atribuciones no se hallaban perfectamente definidas, pues se trataba de un organismo que ejercía el patrocinio tanto público, como del Estado.

Es recién con la promulgación de la Constitución Política aprobada por referéndum del 15 de enero de 1978, y publicada en el Registro Oficial No. 800 de 27 de marzo de 1979, que la Procuraduría General del Estado adquiere verdadera autonomía y personalidad jurídica propia, y se desvincula del Ejecutivo, y en consecuencia del gobierno de turno, según lo dispone el artículo 111 de dicha Constitución, que además asigna al Procurador la calidad de “único representante judicial del Estado”; el artículo 110 de la misma Constitución todavía atribuye a la Procuraduría el ejercicio del Ministerio Público.

En 1979, el Consejo Supremo de Gobierno, mediante Decreto Supremo No. 3544 publicado en el Registro Oficial No. 871 de 10 de julio de 1979, expide la Ley Orgánica del Ministerio Público, que en concordancia con la Constitución, define como atribuciones de la Procuraduría General del Estado las siguientes: el patrocinio del Estado, esto es su defensa en juicio; el asesoramiento legal; el patrocinio público, que se ejercía a través de la Fiscalía General, los Ministros y Agentes Fiscales; y, el control del tráfico ilícito de sustancias estupefacientes.

Mediante reforma introducida a la Constitución Política de la República, por ley publicada en el Registro Oficial No. 863 de 16 de enero de 1996, se crea una sección denominada “Del Ministerio Público”, luego de aquella que regulaba las atribuciones de la Procuraduría General del Estado, con lo que finalmente se hace realidad la aspiración de que se separen funciones de naturaleza diferente, que hasta entonces se ejercían por un solo organismo, la Procuraduría General del Estado, que tenía dos máximas autoridades, con igual jerarquía, el Procurador General del Estado por un lado y el Ministro Fiscal General por otro, ambos designados por el H. Congreso Nacional, lo que generaba dificultades de carácter administrativo y funcional.

Como la reforma constitucional de enero de 1996, finalmente se definieron competencias. Correspondería a la Procuraduría General del Estado, el patrocinio del Estado, y al Procurador su calidad de “único” representante judicial, así como el asesoramiento legal; y al Ministro Fiscal General, los ministros fiscales distritales y los agentes fiscales, el ejercicio del Ministerio Público. Acorde a la nueva estructura introducida por la reforma constitucional, se promulgó una nueva Ley Orgánica del Ministerio Público, publicada en el Registro Oficial No. 26 de 19 de marzo de 1997, pero quedó vigente la antigua Ley, en lo relacionado con la Procuraduría General del Estado, hasta la expedición de su propia Ley Orgánica en el Registro Oficial No. 335 de 9 de junio de 1998, que rigió hasta el 2001.

En el Registro Oficial No. 372 de 19 de julio del 2001, se publicó la nueva Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, que derogó a la anterior promulgada en 1998, y que en lo principal ratifica la autonomía del organismo y confiere al Procurador la calidad de representante judicial del Estado.

Luego dentro de la dialéctica jurídico, político, administrativo, económica del Estado ecuatoriano, la Asamblea Nacional Constituyente dictó el proyecto de la nueva Constitución de la República del Ecuador, que fue aprobada mediante referéndum y puesto en vigencia con publicación en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, ordenamiento jurídico que produce cambios sustanciales en la actividad pública, en primer lugar pasamos de un “Estado social de derecho” a un “Estado constitucional de derechos y justicia”, con ello igualmente, se operan cambios administrativos en el organismo estatal, se crean nuevas funciones, y a la Procuraduría se la concibe como un organismo público técnico jurídico de patrocinio, asesoramiento y control de los actos y contratos suscritos por los organismos y entidades del sector público.

Al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social le corresponde nombrar a la primera autoridad de la Procuraduría General del Estado, para un período de cuatro años, de una terna enviada por la Presidencia de la República, terna conformada con criterios de especialidad y méritos, sujeta a escrutinio público e impugnación ciudadana.



La Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado establece las facultades y deberes del Procurador; en ella define a la Procuraduría General del Estado, como un organismo público autónomo, con personería jurídica, patrimonio y fondos propios, dirigido y representado legalmente por el Procurador General del Estado, con sede en la Capital de la República y capacidad para establecer direcciones regionales y delegaciones provinciales, de acuerdo a sus necesidades administrativas; en cuanto a las funciones que debe desempeñar su primera autoridad, guarda estricta relación con la disposición constitucional.

Dentro de esta nueva concepción constitucional y legal, la Procuraduría General del Estado, es un organismo técnico jurídico, que tiene como misión velar por la buena marcha y correcto desenvolvimiento jurídico del Estado, así como la defensa de su patrimonio y de sus intereses.

## **1.2. Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.-**

Como se revisó en la reseña histórica, a lo largo de su vida institucional, la Procuraduría ha regido su accionar por las normas contenidas en la Ley de Patrocinio del Estado, y luego por la Ley Orgánica del Ministerio Público, hasta que se promulgó la primera Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado en 1998, sustituida por la vigente Ley, que fue expedida en el 2001.

En todas estas leyes se regularon como atribuciones fundamentales de la Procuraduría, el patrocinio del Estado y el asesoramiento legal y constituye la forma en que fueron regulados en las dos Leyes Orgánicas que han regido la actividad de la Procuraduría General del Estado, desde su separación del Ministerio Público.

La primera Ley Orgánica de 1998 introdujo algunas modificaciones relacionadas con el accionar de la entidad, que fueron las siguientes:

En materia de patrocinio del Estado:

- Responsabilidad de los personeros legales de las entidades públicas con personalidad jurídica, respecto a su defensa en juicio.
- Responsabilidad personal, directa y exclusiva, del delegado del Procurador, en el ejercicio de la defensa del Estado.
- Posibilidad de que las instituciones públicas se allanen, desistan, transen, a fin de poner fin a los litigios en los que intervengan.
- Contratación de abogados particulares por el sector público, para que asuman la defensa administrativa o judicial de sus derechos e intereses, o asesores jurídicos para el tratamiento de asuntos de interés excepcional, que en uno y otro caso requieran de conocimientos y experiencias especializados.

Hasta entonces, el Procurador en su calidad de representante judicial del Estado, vigilaba los juicios en los que fueran parte instituciones públicas que contaran con personería, pero ello, sin perjuicio de poder intervenir en cualquier instancia y estado procesal en que se encuentra el juicio, de considerarlo necesario, lo que en la práctica permitió que la Procuraduría realmente coadyuvara efectivamente en la defensa de las causas y en muchas ocasiones lograra que se enderecen procedimientos, precautelando los intereses del Estado.

En materia de asesoramiento:

- Ampliación de la atribución de la Procuraduría, en beneficio de organizaciones sociales legalmente constituidas, previa consulta a las autoridades u organismos a los cuales afectare.
- Obligatoriedad de los dictámenes que emita el Procurador, para la administración.
- Se crea además la institución de la reconsideración de los Pronunciamientos del Procurador

La segunda Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, que derogó y sustituyó a la primera, y que rige en la actualidad desde el 2001, en lo principal introdujo las siguientes modificaciones:

En materia de patrocinio:

- Extendió el patrocinio a los procedimientos administrativos y a los de solución alternativa de conflictos, en concordancia con la Ley de Arbitraje y Mediación.
- Eliminó el requisito de que se cite al Procurador en los juicios propuestos en contra de entidades con personalidad jurídica, disponiendo que la sola notificación sería suficiente.
- Faculta a los agentes diplomáticos y consulares del Ecuador, para representar al Estado ecuatoriano en los juicios y diligencias judiciales que se propongan en el exterior, sin necesidad de poder especial.

En materia de asesoramiento:

- Introdujo el término de quince días para la reconsideración de los pronunciamientos del Procurador.
- Exige que conjuntamente con la consulta, la entidad que la formula acompañe todos los antecedentes necesarios del caso.
- Permite que el Procurador presente proyectos de ley, en las materias que correspondan a sus atribuciones específicas.

Como se puede observar, de conformidad con la legislación vigente, el Procurador ha dejado de tener la calidad de “único” representante judicial del Estado, que mantuvo hasta antes de las reformas constitucionales que empezaron a regir en agosto de 1998. Ello implica que se ha reducido su competencia en materia de patrocinio del Estado, limitándola exclusivamente a la Función Ejecutiva en ejercicio de representación.

El restablecimiento del término especial de 20 días para que el Estado conteste la demanda, así como la introducción del término especial de 15 días para que las instituciones públicas puedan interponer el recurso de casación sin la obligación de rendir caución, permite que la defensa del Estado en juicio pueda ser más eficiente, pues confiere la posibilidad de coordinar entre la Procuraduría y las respectivas entidades, a fin de mantener un criterio uniforme en la defensa.

En cuanto al asesoramiento legal, es positivo que se exija a la entidad consultante que acompañe los antecedentes necesarios para absolver la consulta, pues ello permite que la Procuraduría cuente con suficientes elementos de análisis para emitir su criterio; así mismo, el hecho de que la propia entidad exponga su opinión sobre el tema, implica que la consulta se motive debidamente.

### **1.3. Funciones y Atribuciones**

Las atribuciones de la Procuraduría General del Estado le son asignadas tanto por la Constitución de la República, como por su Ley Orgánica de Procuraduría General del Estado, son fundamentalmente las siguientes:

#### **1. La representación judicial del Estado.**

Es el representante judicial del Estado, esto significa que ante él se deberán dirigir las demandas contra cualquier entidad dependiente de la Función Ejecutiva, por ser el Abogado del Estado Ecuatoriano, el Procurador General podrá delegar sus funciones en la medida que indica la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

#### **2. El patrocinio del Estado y de sus instituciones.**

El patrocinio del Estado comprende actividades de carácter procesal como proposición o contestación de demandas, según corresponda, actuación de pruebas, presentación de alegatos tanto orales como escritos, interposición de recursos, y en general la intervención en procesos judiciales en los que sean parte instituciones o dependencias estatales, en todas las materias, esto es: civil,

penal, laboral, contencioso administrativo y fiscal, tanto dentro como fuera del país.

La vigente Ley de la Procuraduría General del Estado amplió el carácter de esta atribución, pues en los literales b) y c) del artículo 5, dispone que el patrocinio del Estado se ejercerá no solo en los procesos judiciales, sino además en los de carácter administrativo y arbitral; pese a que la ley omitió referirse expresamente a los procesos de mediación, de esta manera la Procuraduría también interviene en estos casos, precautelando los intereses públicos, considerando que procede la mediación en materias transigibles, esto conformidad con el literal f) del artículo 5 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y en concordancia con el artículo 12 ibídem, el Procurador tiene la atribución de autorizar a los organismos y entidades del sector público, de desistir o transar.

La ley distingue el carácter del patrocinio que presta la Procuraduría, según las entidades cuenten o no con personería jurídica; en el primer caso, de conformidad con el literal c) del artículo 3 de la LOPGE, en concordancia con el artículo 7 ibídem, corresponde a la Procuraduría supervisar el desenvolvimiento del proceso, pues las entidades y organismos con personería jurídica comparecerán por intermedio de sus representantes legales o procuradores judiciales, quienes son civil, administrativa y penalmente responsables; mientras que, respecto de entidades sin personería jurídica, le corresponde a la Procuraduría intervenir como parte procesal, directamente o a través de delegación, que de conformidad con el inciso quinto del artículo 6 de la Ley podrá otorgar a los funcionarios de la Procuraduría.

**3. El asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos.**

En los últimos tiempos esta atribución ha adquirido especial trascendencia debido a dos motivos: primero a que se ha extendido la facultad en beneficio de las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, y segundo a que se le ha asignado a dicho asesoramiento el carácter de obligatorio para la Administración.

La atribución de prestar asesoramiento legal, se limita a los casos en los que el tema materia de la consulta no esté sometido a resolución de jueces o tribunales, y en ejercicio de ella, corresponde al Procurador precautelar el control de la legalidad de los actos del sector público y los intereses del Estado; como se puede observar, es de ésta facultad, de la que surge la calidad de organismo de control.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, prevé en su artículo 13, la posibilidad de que por una sola vez, se solicite la reconsideración del pronunciamiento del Procurador, quien podrá ratificarlo o rectificarlo. La reconsideración es obligatoria para la entidad consultante cuando el pronunciamiento le fuere adverso. En todos los casos, el pronunciamiento del Procurador, debe estar debidamente motivado en derecho.

Resulta impropio e inconveniente haber extendido el asesoramiento legal a instituciones que no integran el sector público, pues empresas privadas o personas particulares, se han valido de ellos para formular consultas a la Procuraduría, pese a que disponen de sus propios abogados, lo que ha incrementado de manera importante el volumen de consultas que la Procuraduría debe absolver, y por otro lado, como ha sucedido en la práctica, ello ha servido para que los propios pronunciamientos de la Procuraduría se utilicen luego como prueba en contra del Estado en procesos judiciales, entrando en conflicto la atribución de asesorar con la de patrocinar, y demostrando lamentablemente una falta de coordinación entre las diferentes direcciones de la entidad.

#### **4. Controlar sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público**

La Procuraduría General del Estado es responsable del control de legalidad de los actos y contratos **dentro del ámbito de sus actuales atribuciones**, esta Institución propone o adopta acciones judiciales necesarias en defensa del patrimonio nacional y del interés público, pues ejerce este control en beneficio de los objetivos nacionales. De modo que de conformidad con **el Artículo 65 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública** serán nulos los contratos regidos por esta Ley en los siguientes casos:

- 1. Por las causas generales establecidas en la Ley;*
- 2. Por haberse prescindido de los procedimientos y las solemnidades legalmente establecidas; y,*
- 3. Por haber sido adjudicados o celebrados por un órgano manifiestamente incompetente.*

*El Procurador General del Estado tan pronto tenga conocimiento de cualquiera de estas irregularidades, demandará la nulidad del contrato, sin perjuicio de las responsabilidades administrativa, civil o penal de los funcionarios o empleados por cuya culpa se hubiere causado la nulidad.*

La Procuraduría también realiza el control legal a aquellos contratos sometidos a arbitraje en derecho, de conformidad con el artículo 190 de la Constitución de la República; que señala lo siguiente: “...En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.”

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **MANIFESTACIONES DE LA VOLUNTAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

#### **2.1. Acto Administrativo.**

Los actos administrativos en la legislación ecuatoriana, como parte del Derecho Administrativo es un tema poco estudiado y difundido tanto por tratadistas cuanto por profesionales del derecho; más sin embargo es de trascendental importancia por las connotaciones que acarrea dentro de las relaciones entre la administración pública y sus administrados, tuvo lugar con la división de funciones del Estado, con su principal fin constituyó el sometimiento de la administración al derecho, por eso se hizo necesaria la adopción de una declaración formal para expresar su voluntad.

La administración en virtud de la competencia, tiene que pronunciarse respecto de casos sometidos a su conocimiento, el medio para hacerlo se llama acto administrativo, que no es otra cosa que un acto jurídico exteriorizado en una declaración de voluntad unilateral de la administración, que tiene como propósito crear, modificar o extinguir derechos subjetivos de los administrados en forma inmediata.

Muchos tratadistas han aportado con importantes conceptos a cerca del acto administrativo, de los que puede enfocar elementos particulares integrados desde una perspectiva de los autores.

Mario Cichero, dice “los actos administrativos tiene lugar cuando la Administración Pública en ejercicio de sus funciones específicas, decide, mediante resoluciones de carácter general o particular, sobre algún derecho o interés. El acto administrativo es, pues, un acto jurídico ya que se relaciona con la finalidad de que produzca efectos de esa naturaleza.”



La administración tiene que manifestar jurídicamente su voluntad pues debe exteriorizar su decisión sobre los casos que conoce. Su propósito es, por lo tanto, crear, extinguir o modificar derechos subjetivos de los administrados de modo inmediato y directo.

De acuerdo al Dr. Nicolás Granja Galindo, el acto administrativo es: "...toda clase de declaración jurídica, unilateral y ejecutiva, en virtud de la cual la administración tiende a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas".

En nuestro Ordenamiento Jurídico, concretamente en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva en el artículo 65 se ha conceptualizado al acto administrativo como "...toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma directa". La Constitución de la República en su Artículo 436 numeral 4 señala que: *"La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: 4. Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo"*.

Sin embargo Agustín Gordillo señala que el acto administrativo "es una declaración unilateral de voluntad realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata"; cuya definición es mayormente aceptada por los tratadistas del cual se desprende que el acto administrativo tiene varios elementos que lo identifican.

### **2.1.1. Elementos del Acto Administrativo**

Una vez definido el concepto de acto administrativo es necesario estudiar sus elementos esenciales, puesto que, el acto administrativo debe estar sujeto al ordenamiento jurídico.

La existencia del acto administrativo depende del cumplimiento de ciertos elementos esenciales que lo identifican, los cuales son:

#### **2.1.1.1 Declaración de Voluntad.-**

Es la manifestación expresa de la decisión administrativa; que exterioriza el parecer de la administración, respecto de un determinado asunto sobre el que se pronuncia en virtud de las atribuciones que le confiere la ley; esta declaración se realiza por medio del representante o autoridad administrativa, es de carácter unilateral. Respecto al tema Patricio Secaira Durango en su obra de Derecho Administrativo sostiene que “La declaración formaliza el parecer administrativo, por ello siempre es escrita. No obstante, es factible que existan decisiones administrativas orales como en el caso de las disposiciones de la Fuerza Pública que toman al emitir ordenes al personal subalterno”.

#### **2.1.1.2 Unilateralidad.-**

El acto administrativo se caracteriza precisamente por cuanto solo el sujeto activo del procedimiento tiene la capacidad decisoria; decisión que se toma a base de antecedentes fácticos y jurídicos pertinentes a cada caso y en función del logro del bien común. Queda excluida la participación del administrado en la emanación del acto administrativo porque la administración para resolver los asuntos puestos en su conocimiento no consulta el interés del administrado sino únicamente el bien protegido en las disposiciones constitucionales y legales que está obligado aplicar, así como la seguridad jurídica que debe imperar en una sociedad.

“El concepto de la unilateralidad asume que para la manifestación de la voluntad administrativa y la obligatoriedad del cumplimiento del acto respectivo, basta el pronunciamiento del órgano competente, sin que se requiera la integración de la voluntad del receptor del acto, cuya aceptación o rechazo es indiferente para la validez del acto administrativo.” (Pérez, 430)

### **2.1.1.3 Ejercicio Administrativo.-**

Los actos administrativos solo son factibles de ser expedidos por las personas naturales en ejercicio de la titularidad de un cargo público; esto es, ejerciendo una función administrativa. Según Patricio Secaira Durango, la decisión administrativa tiene fuerza jurídica por cuanto se sustenta en las competencias legales señaladas para el órgano público.

### **2.1.1.4 Efectos Jurídicos Inmediatos y Directos.-**

Los actos administrativos tiene la característica de ser ejecutorios, es decir, la administración emisora de la decisión tiene la capacidad de hacerla cumplir inmediatamente, siempre y cuando hayan sido publicitados en forma legal, mediante la notificación respectiva al administrado a quien va dirigida la resolución, es decir, los efectos jurídicos se generan al momento mismo de haberse expedido la decisión pública y de notificada a quien va dirigida así como lo dispone el Art. 66 del ERJAFE.

Efectivamente el acto administrativo puede ser ejecutado cuando cumple con el requisito de eficacia, solo ahí crea efectos jurídicos, directos e inmediatos afectando de modo inminente el derecho subjetivo del administrado, sea positiva o negativamente. Se crea entonces una vinculación jurídica directa entre el sujeto pasivo de la administración frente a la administración de la cual emana el acto administrativo de que se trate.

### **2.1.2 Características de los Actos Administrativos.-**

Los actos administrativos tienen ciertas características que dan lugar a que sean discutidos cuando considera que se lesionan los intereses de los administrados, es así que en el ejercicio de los medios impugnatorios puede obstaculizar la tarea administrativa hasta que estén firmes.

Las características son las siguientes:

- **Presunción de Legalidad.-**

En virtud de esta presunción se considera que los actos administrativos han sido emitidos con apego a las normas jurídicas, y que toda decisión emana del poder público. Esta presunción es la que hace posible que la administración ejecute sus decisiones sin necesidad de autorización alguna.

Debo mencionar, la obligación interpuesta por la Constitución en su Artículo 226, donde señala que las instituciones del Estado, organismos, dependencias, servidores(as) públicas, deben ejercer solo las atribuciones, competencias y facultades que la Constitución y la ley determinen. Está prohibido por lo tanto resolver asuntos sin acatar las disposiciones jurídicas establecidas en el Ordenamiento jurídico; puesto que en Derecho Público todo aquello que no esté permitido expresamente se considera prohibido. No cabe tampoco que el administrador haga interpretaciones extensivas o analógicas sobre el alcance de la ley.

Esta presunción no es absoluta, tiene efecto *ius Tantum*, que significa que su duración es hasta que la autoridad competente declare lo contrario, pronunciamiento que se realizará cuando la persona que se considere afectada reclame a través de la vía administrativa o jurisdiccional, estando en la obligación de demostrar los fundamentos de hecho y de derecho la forma en que el acto administrativo se encuentra en contraposición a las normas jurídicas y la lesión que genera a los derechos. Esto tiene fundamento en el Artículo 76, literal m) de la Constitución de la República, donde ha previsto, *“Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”*

- **Presunción de legitimidad.-**

Los actos que provienen de la administración gozan de presunción de legitimidad, en virtud de que el Estado tiene su sustento en una organización jurídica que por mandato constitucional demanda respeto y sumisión de la administración a la Carta Magna y las leyes vigentes. Por lo tanto se presume que todo acto administrativo es válido mientras la autoridad competente no declare lo contrario.

“La presunción de legitimidad es la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídico. Es una resultante de la juridicidad con que se mueve la actividad estatal. La legalidad justifica y avala la validez de los actos administrativos; por eso crea la presunción de que son legales, es decir, se los presume válidos y que respetan las normas que regulan su producción”. (Dromi, 272)

Para que un acto administrativo sea legítimo debe cumplir con los presupuestos para su formación y expedición, los mismos que se encuentran previstos y establecidos en las correspondientes normas, de esta forma también han de surtir consecuencias jurídicas válidas.

- **Presunción de Ejecutoriedad.-**

La ejecutoriedad significa que la administración con fundamento en el ordenamiento jurídico, puede ejecutar un acto administrativo, por ello incluso puede recurrir a medios coercitivos que garanticen su cumplimiento. La presunción de ejecutoriedad atañe fundamentalmente a la calidad de eficacia del acto administrativo que se logra por la unión del presupuesto de legalidad y de la publicidad de la decisión pública. Solo un acto con eficacia jurídica puede ser ejecutado materialmente.

La ejecutoriedad de los actos administrativos se puede suspender debido a la interposición de recursos en vía administrativa, pero en vía judicial no, salvo el caso previsto en el Artículo 76 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que textualmente señala: *“Salvo lo dispuesto en el Artículo precedente, en ningún caso se suspenderá la ejecución o cumplimiento del acto administrativo.- Exceptuándose de lo dispuesto en el Artículo e inciso anterior los recursos que se propusieren contra resoluciones que expidiera la Contraloría General de la Nación en el juzgamiento de Cuentas, siempre que el rindente hubiere prestado caución para el desempeño del cargo. Cuando no la hubiere prestado o no la mantuviere vigente al momento de promover su acción, se le exigirá garantía hasta la cantidad de cincuenta mil sucres o en proporción a las cauciones que para cargos semejantes suele exigirse.”* Pues el Artículo 75 de la LJCA reza lo siguiente: *“El administrado podrá solicitar la suspensión del*

*procedimiento coactivo, mientras se tramita la causa en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, cuando tal procedimiento se hubiere iniciado en virtud de una resolución o acto administrativo que haya causado estado y que implique una obligación económica a favor de la Administración. El Tribunal ordenará dicha suspensión siempre que se afiance el interés económico de las entidades públicas o semipúblicas; caso contrario, continuará la ejecución".*

Podemos afirmar que la ejecutoriedad de los actos administrativos es la regla general, situación que también se prevé en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, con algunas excepciones como los casos de suspensión a través de resoluciones motivadas de la autoridad de la administración ante una petición de quién impugna la resolución.

En la vía jurisdiccional la excepción es la situación contenida en el Artículo 76 de la LJCA, siempre que se afiance por el impugnante el interés de la Administración.

También es necesario tener en cuenta el contenido del Art. 87 de la Constitución de la República que señala lo siguiente: *"Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de un derecho"*. Esto se da en vista de que sí a través de la emisión de un acto administrativo se produce la violación de derechos consagrados y protegidos en la Constitución, se puede establecer otras medidas cautelares; así por ejemplo cuando se ordena la demolición de un hospital por no haber cumplido con los permisos necesarios para su construcción, pero como se está afectando un derecho fundamental que es la salud no produce efecto el acto administrativo, se suspende su ejecutoriedad, y debe rendirse otro tipo de medidas cautelares.

### **2.1.3 Requisitos de los Actos Administrativos.-**

Las autoridades administrativas y los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, tienen la facultad de realizar el control de legalidad de los actos administrativos, en ejercicio de sus facultades deben tutelar el cumplimiento de

las disposiciones legales a fin de que sean aplicados en forma adecuada en beneficio de los derechos de los administrados. Los actos administrativos deben cumplir con requisitos básicos para ser válidos y eficaces y estos son:

- **Competencia.-**

Es un requisito esencial porque afecta a la validez sustancial del acto, de esta manera que si este es expedido por un órgano o autoridad que no tiene competencia para el efecto, la decisión administrativa es nula, no tiene ningún efecto jurídico.

El Art. 1 inciso 2do. Código de Procedimiento Civil señala: *Competencia.- Es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados.*

La Competencia nace de la Constitución, de los tratados y convenios internacionales, de la ley.

En nuestra Normativa Constitucional en el Art. 76 en el literal k) consta lo siguiente: *“Ser juzgado por un juez o jueza independiente, imparcial y competente. Nadie podrá ser juzgado por Tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.”*

**Motivación.-**

También es una garantía básica del derecho al debido proceso, se encuentra concebida en el Art. 76 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador que a la letra dice: *“Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, fallos, que no se encuentran debidamente motivados se consideraran nulos. Los servidores o servidoras responsables serán sancionados.”* De lo anotado se puede advertir que este requisito del acto administrativo es fundamental para su validez, la ausencia de motivación o la falencia en ella, acarrea la nulidad del acto por mandato

constitucional. La Ley de Modernización del Estado, El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva así como el Código Orgánico de Organización Territorial, han determinado como causa de nulidad de los actos administrativos la falta o defecto de la motivación.

La motivación es igualmente un requisito que afecta a la sustancia del acto administrativo, por ello su ausencia o defectuosa expresión genera la nulidad de la resolución. El administrado tiene derecho a que la administración le explique las razones por las cuales toma la decisión que afecta sus intereses o derechos. De esta manera el administrado tiene la capacidad de oponerse a la decisión pública en función de los argumentos jurídicos y más justificativos de los que disponga para destruir la presunción de legalidad del acto administrativo. La ausencia o el defecto motivacional no permiten al administrado que replique la arbitrariedad en la que puede recurrir la administración, pues desconoce las razones que le orientaron a la administración a tomar esa decisión.

Carlos F. Balbín en la obra “Curso de Derecho Administrativo” señala: “El acto es nulo si no se establece los motivos o lo hace de modo insuficiente, irracional, discriminatorio o desproporcionado en el marco de la unión entre los antecedentes del acto, las causas con el objeto, y luego entre éste y su finalidad”. (Balbín, 119)

Sin embargo, de acuerdo a lo sostenido por esta Corte Constitucional en diversos criterios jurisprudenciales, la obligación de motivar no se agota con la simple verificación formal de los elementos establecidos en el Art. 76, numeral 7, literal I) sino que además se encuentra compuesta por tres requisitos para considerar que ella es adecuada, los que hacen referencia a la calidad del razonamiento utilizado. Dichos presupuestos son la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad.

Para que resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecuan a



los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre ésta y la decisión. Una decisión comprensible, por último debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a la fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto.<sup>1</sup>

Ahora bien, resulta imposible pensar que pueda existir justicia si no existe una resolución motiva como en el presente caso. ¿Qué significa motivar una resolución? Es brindar motivos o razones legales. Motivar es argumentar. Argumentar es inferir de un conjunto de enunciados denominados premisas, enunciados conclusiones que se sigue o se infiere de las premisas. Para argumentar es necesario respetar la lógica.

- **Objeto o Finalidad.-**

Puede definirse como la intencionalidad de la administración pública, encaminada a señalar el alcance o el propósito de la resolución que emite para crear un efecto jurídico determinado. Se presume que el objeto superior de la administración pública es el logro del bien común.

Por ello el acto administrativo debe ser material y jurídicamente factible de ser ejecutado, porque cumple una función del ordenamiento público, tutelando el derecho y orientando la finalidad del bien común.

- **Causa.-**

El Doctor Marco Morales Tobar, en la Guía de Derecho Procesal Administrativo, se refiere a la causa como “la justificación del fin que persigue el órgano administrativo con la ejecución de un determinado acto”. Es la razón o motivo por el cual la administración pública se ha puesto en movimiento, puede ser que esta se genere por expresa petición del administrado o por necesidad de la propia administración.

---

<sup>1</sup> Copiados del Dr. Pablo Cordero Díaz.

- **Procedimiento.-**

Es un elemento esencial porque si es omitido se produce la ineficacia y consecuentemente la nulidad del acto administrativo, desde luego siempre que afecte o incida en la decisión.

El procedimiento es un conjunto de pasos secuenciales previstos en la ley y que la autoridad pública debe cumplir en los trámites que conoce y resuelve; es una garantía que el Estado otorga a los administrados, para que hagan efectivo sus derechos y por otra parte es una obligación de la administración.

La Constitución de la República del Ecuador en el Artículo 169 se refiere al sistema procesal como un medio para la realización de la justicia. Efectivamente, el procedimiento administrativo no es la excepción, esto se puede afirmar porque la Constitución en el Artículo 76 dice que todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurara el derecho al debido proceso.

- **Plazo.-**

Tiene relación con la obligación de la administración de actuar en la forma oportuna, esto es, dentro del término o plazo determinado en la ley. Es de inexorable cumplimiento puesto que si el pronunciamiento se da extemporáneamente el acto pierde eficacia jurídica, porque la autoridad actuó fuera de su competencia temporal en ese asunto. Este requisito esencial, afecta la competencia administrativa cuando es inobservado, la ley también juzga este hecho y para ello a previsto efectos como el Silencio administrativo el mismo que puede ser positivo o negativo.

La oportunidad es un principio que la administración debe cumplir inevitablemente por su cometido de servicio a la colectividad y en aras de la consecución del bien común, pues no sería de ayuda que en los casos en los que no se ha previsto plazo o término para su intervención ante un determinado acontecimiento, esta se de en la forma extemporánea, en este presupuesto, se afectaría al derecho del sujeto pasivo.

- **Forma.-**

El Doctor Patricio Secaira Durango en la obra citada, manifiesta que comúnmente por exigencia lógica y jurídica el acto debe contener una parte expositiva, motiva y finalmente la resolutive. El mismo autor con propiedad expone "La omisión de requisitos formales puede provocar la nulidad o ilegalidad del acto y, en otras ocasiones su inexistencia jurídica, así si se emite una decisión sin señalamiento de lugar y fecha, el acto es inexistente, pues no se encuentra en la vida jurídica, ya que no puede comprobarse cuando fue dictado ni determinarse si la persona que lo suscribió ejercía la titularidad del empleo público al emitirlo; la misma suerte corre el acto que no se encuentra suscrito.

- **Formalidad.-**

El doctor Marco Morales Tobar, en el texto guía de Derecho Procesal Administrativo, se refiere a la formalidad del acto administrativo, como la serie de solemnidades que dan forma y eficacia al acto. Para este tratadista, no es otra cosa que el cumplimiento de los requisitos señalados para la ejecución de los actos administrativos.

En el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, en su Art. 121, encontramos los pasos y elementos que deben tener las resoluciones administrativas, sean actos administrativos, normativos o de simple administración que dicte la Administración Central de oficio o a petición de parte. Pues señala que: *"2. El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquellos. Sin embargo, serán elementos sustanciales del acto los siguientes: a. Indicación del titular del órgano; b. Indicación de la norma que atribuye la potestad al órgano y a su titular para expedirlo; c. Indicación clara de los fundamentos de hecho y las normas aplicables al caso, así como su relación; y, d. Indicación de los actos de simple administración, informes, estudios o actos de trámite que han conformado el procedimiento administrativo previo a la expedición del acto"*

- **Publicidad.-**

Es un elemento que se da en forma posterior a la emisión del acto administrativo, porque consiste en la forma legal de ponerlo en conocimiento del administrado. Este se relaciona con la eficacia del acto, pues la falta de notificación oportuna de la decisión de la autoridad pública puede hacer perder la eficacia jurídica del acto administrativo.

El medio más común para dar a conocer la decisión de la administración es la notificación escrita, también se la puede hacer a través de la publicación del acto en el Registro Oficial, en los periódicos de amplia circulación, en las gacetas, y en otros medios autorizados por la ley.

La publicidad también puede constituirse como elemento de la formación de la voluntad administrativa, por ejemplo al realizar una convocatoria para un concurso de merecimientos, en este caso brinda la oportunidad a las personas para que concurran en caso de ser su intención a participar en ejercicio de sus derechos como administrados.

#### **2.1.4 La validez y eficacia del Acto Administrativo.-**

La doctrina denomina acto administrativo perfecto a aquel que está completamente formado, es decir, al que reúne los presupuestos necesarios de validez y eficacia para tener una existencia jurídica plena.

La validez del Acto Administrativo se refiere a la sustancia, pues para que la decisión pública tenga valor jurídico es indispensable que sea expedida por autoridad competente, cumpliendo estrictamente el procedimiento y la forma exigida por la Ley. (Secaira, 190)

La eficacia del acto administrativo en cambio es el mecanismo por el cual la administración pública logra hacer efectiva su voluntad expresada en su decisión. Solo el acto administrativo eficaz tiene la capacidad de permitir el nacimiento del vínculo jurídico entre los sujetos relacionados con la actividad administrativa de que se trate; esto es entre la administración y el administrado o los administrados a quienes va dirigida la resolución del poder público.

El acto administrativo goza de eficacia cuando se verifica el aviso que la administración realiza al interesado, notificándole con su decisión. Solo en ese momento surge el vínculo jurídico con el administrado y el acto puede ejecutarse. En los actos de efecto general como reglamentos, ordenanzas u otros, la eficacia se genera por su publicación en los diarios oficiales.

Cuando el acto administrativo ha sido adecuadamente publicitado, hecho del cual debe existir constancia procesal, la administración queda habilitada legalmente para obrar y por tanto para hacer cumplir su decisión; pero también el administrado queda habilitado para ejercer su derecho a oponerse a la decisión pública, interponiendo los recursos que le franquea la ley para el efecto, sea en sede administrativa o en sede judicial, según corresponda.

### **2.1.5 Revocatoria del Acto Administrativo.-**

El Dr. Pablo Tinajero, dice: “La potestad revocatoria es una potestad autónoma que se dirige a realizar las modificaciones jurídicas en el mundo exterior eliminando un acto contrario al interés público”. (Tijero, 26)

Por lo tanto la revocatoria es un acto administrativo por medio del cual se deja sin efecto otro anterior, emitido sobre el mismo asunto sea por razones de falta de oportunidad o de conveniencia al interés público, o en el caso de que la decisión administrativa sea ilegítima; es decir contraria a la razón, a la justicia y al derecho positivo.

De modo general los actos de administración, pueden ser revocados por la misma autoridad que los emitió o, por los superiores jerárquicos, en cualquier tiempo; en razón de que estos no rebasan la esfera de la administración interior de la entidad y están orientados solo a su ordenamiento y no generan efectos jurídicos directos en terceros.

Es importante señalar que las autoridades públicas, para revocar los actos administrativos, deben necesariamente estar capacitadas legalmente para expedir actos revocatorios; toda vez que el derecho administrativo es normado y solo puede hacerse lo que está dispuesto en la Ley, así al revisar el Artículo 226 de la Constitución de la República señala: “*Las instituciones del Estado, sus*

*organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”*

No obstante, la finalidad de la administración no solo es el ordenamiento de la sociedad sino la satisfacción de las necesidades colectivas; en razón de lo cual, cuando un acto administrativo lesiona el bien social, debe encontrarse el mecanismo para su eliminación de la vida jurídica. Ese mecanismo es la revocación; la cual es factible usando medios legítimos, sea de oficio o a petición de parte; por el mismo servidor público, por otro jerárquicamente superior, por otro órgano administrativo tutelar ajeno al ente; o, por la acción judicial.

Los actos administrativos pueden ser revocados por los servidores públicos competentes, siempre y cuando la ley les atribuya esa capacidad jurídica.

En sede administrativa pueden hacerlo:

- a) **La misma autoridad que emitió el acto administrativo.** Estos servidores, están en aptitud de dejar sin efecto sus resoluciones, por propia iniciativa (de oficio), **cuando no han sido ejecutados**, o a petición del interesado o de las personas que de alguna manera puedan estar ligadas a los efectos del acto, siempre y cuando afecte sus derechos subjetivos. (Secaira, 192)
- b) **La autoridad jerárquicamente superior a aquella que lo emitió.** La administración pública está constituida por órganos públicos que mantienen una relación de supra y subordinación jurídica. Los órganos superiores, siempre que la ley permita, están en capacidad de revocar los actos administrativos emanados de autoridad inferior. Pueden hacerlo por medio de la consulta, cuando existen actos administrativos que, para alcanzar eficacia jurídica requieren del parecer del superior, caso en el cual, el órgano emisor, está obligado a requerir la opinión de alzada y este órgano superior esté obligado a pronunciarse: reformando, confirmando o revocando el acto de que se trate.

También pueden hacerlo de oficio, por medio de la institución jurídico administrativa denominada: **avocación administrativa**; cuando el superior está capacitado, para disponer que el inferior remita el proceso administrativo que contiene la resolución, a fin de estudiarlo y tomar una decisión sobre aquel, la cual puede ser precisamente la revocatoria del acto materia de la avocación. Es corriente que se sostenga que la autoridad superior de una entidad pública puede decidir sobre los asuntos de competencia de inferiores jerárquicos en aplicación del principio de “quién puede lo más puede lo menos”; no obstante, es preciso señalar que en derecho público, por su esencia permisiva, las autoridades solo pueden obrar en ejercicio de competencias, atribuciones o facultades determinadas en la Constitución y la Ley, de suerte que, **la avocación no es una prerrogativa discrecional sino reglada**, desapareciendo así, la aplicación del mencionado principio en la administración pública. (Secaira, 193)

En vía jurisdiccional, los actos administrativos pueden ser impugnados ante los órganos judiciales designados legalmente con esa finalidad, para lo cual deben ser interpuestos los recursos contencioso-administrativos, con el propósito de que estos sean anulados o declarados ilegales. La declaratoria de ilegalidad del acto tiene efectos revocatorios, en tanto que la anulación significa eliminación de la vida jurídica del acto administrativo; la primera tiene efecto futuro únicamente, mientras la segunda puede tener efecto retroactivo.

En el Ecuador esos órganos son los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y eventualmente, por efecto del recurso de casación la Sala de lo Administrativo de la Corte Nacional de Justicia. Desde luego en materia de actos emanados de la administración tributaria los Tribunales Distritales de lo Fiscal, tienen atribuciones para tutelar los actos relativos a esas materias.

Sin embargo, también la Corte Constitucional tiene competencia para declarar inconstitucionales actos administrativos emanados del poder público, con efecto revocatorio; competencia que indubitadamente permite al órgano tutelar de la constitucionalidad no solo eliminar de la vida jurídica el acto administrativo, sino sustituirlo por otro; es decir expresar la voluntad pública a cumplirse por los

administrados y por la administración. La resolución que al efecto expida la Corte Constitucional no puede ser impugnada por vía de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Sin embargo de lo anotado existen razones para revocar los actos administrativos, los que pueden revocarse por razones de legalidad o de oportunidad.

La revocación, por razones de legalidad, procede cuando el acto administrativo esté viciado de tal modo que no sea factible convalidarlo o subsanar el mal jurídico del que adolece. No son subsanables ni convalidables aquellos actos que han sido expedidos por autoridad incompetente, o cuando su objeto sea ilícito o materialmente imposible de ejecutarse, también cuando no se encuentra debidamente motivado. Estos actos tienen efectos retroactivos y por tanto no generan indemnizaciones a los administrados que puedan resultar afectados por la decisión revocatoria.

En cambio la revocatoria, por razones de oportunidad, puede producirse por motivos de orden público debidamente justificados; en ese caso y, de modo previo a la ejecución del nuevo acto, la administración está obligada a indemnizar a los particulares, cuyos derechos subjetivos han sido lesionados por su expedición. Estos actos revocatorios solo tienen efecto futuro y, pueden ser impugnados por vía jurisdiccional o constitucional.

### **2.1.6 Contratos Administrativos.-**

También llamados “Contratos de Estado”, “contratos públicos”, no existe en la doctrina armonía en su denominación.

Contrato etimológicamente proviene de voces latinas cum que equivale a con, y trháhere que quiere decir ligarse, por lo que se puede deducir con facilidad que implica un acuerdo o convención entre dos partes. En nuestra legislación el Código Civil en el Artículo 1454 define al contrato de la siguiente forma “*Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.*” Esta concepción de contrato abarca al contrato administrativo, lo que lo diferencia del



civil y de otros tipos, son los caracteres fundamentales que lo conforman, tales como los sujetos que se obligan entre los que siempre estarán por una parte, la administración pública.

Los contratos administrativos son aquellos acuerdos de voluntades en los cuales al menos una de las partes es la administración pública.

Respecto a este tema he creído conveniente transcribir la siguiente cita "...la institución jurídica del contrato, considerado como contrato género, no es una figura exclusiva del Derecho privado, pues, se aparta frecuentemente del estricto ámbito del Código Civil y da paso hacia otros campos para extenderse a la esfera del Derecho público; de esta manera nace, consecuentemente el contrato de Derecho Administrativo con sus elementos comunes y peculiares al Derecho privado; pero con sus elementos diferentes que se desprenden de su contenido, de su fin, de los intereses que afectan a las partes y de su régimen jurídico propio. (Granja Galindo, 323)

El Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva define los contratos administrativos en los siguientes términos: *"Art. 75.- Contratos Administrativos.- Es todo acto o declaración unilateral o de voluntad común, productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas legales aplicables."*

En materia administrativa, el contrato como lo afirma Dromi en su obra Derecho Administrativo, es una de las técnicas de colaboración de los administrados con la Administración, en diversos ámbitos como los servicios públicos, obras públicas, obra cierta, adquisición de materiales, etc.; el autor considera a quien contrata con la Administración pública, no como contratista ordinario sino como colaborador en la ejecución de tareas proyectadas con finalidades públicas.

La contratación es una facultad del Estado como persona jurídica y moral, cuya finalidad es el bien común; para desarrollar su actividad y para poder cumplir con sus objetivos tiene que concertar mediante contratos públicos sea por el



acuerdo de voluntades o por la adhesión del particular a relaciones preestablecidas por la administración, la realización de obras necesarias para atender las demandas de la comunidad.

Es así, que en nuestro ordenamiento jurídico contamos con una Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el suplemento del Registro Oficial Nro.- 395 de 4 de agosto de 2008, cuyo Reglamento General se publicó en el R.O. N.- 588 de 12 de mayo de 2009.

Los contratos a los que se refiere esta Ley, que sean celebrados por entidades contratantes, también son definidos como contratos administrativos. Su vigencia ha sido de marcada importancia, pues unificó las disposiciones aplicables a todas las entidades del sector público en materia de contratación, incluso sus normas deben ser aplicadas por determinadas entidades de derecho privado (en caso de participación mayoritaria pública), regulando además la contratación de servicios de consultoría.

No obstante existen los denominados actos convencionales de la administración, que son acuerdos o contratos públicos en los cuales actúa la misma administración. Así por ejemplo cuando dos o más órganos públicos suscriben un contrato, en el cual uno de los entes se compromete a ejecutar la construcción de una carretera y el otro a efectuar el pago del valor de la obra; allí podemos notar que la voluntad pública es una sola; la satisfacción de la necesidad colectiva, aunque los dos entes sean públicos y los recursos económicos provienen del erario nacional. En estos casos se estima que el contrato es en realidad, un acto unilateral de la administración, por el cual se estipulan obligaciones públicas, para satisfacer una necesidad pública, distribuyendo cometidos específicos a cada entidad.

Dentro de los actos convencionales de la administración pueden encontrarse también las distintas formas de concesión de servicios públicos; pues la ley de modo previo establece las condiciones a las que se somete el concesionario; por manera que al otorgársela se crea una relación convencional.

Algunos doctrinarios señalan que el contrato es creador de obligaciones y que el convenio se diferencia de aquel porque sirve para extinguir obligaciones.

El contrato administrativo se caracteriza, entre otros, por los siguientes aspectos:

- a) Una de las partes es la administración pública.
- b) El objeto del contrato siempre tiene una finalidad pública a cubrirse.
- c) El procedimiento a seguirse de modo previo a su celebración está determinado en el ordenamiento jurídico.
- d) Existe un grado de adhesión o subordinación, del interesado, a la voluntad pública que de modo previo a su celebración establece, en función de la necesidad o servicio público a cubrirse, los lineamientos y reglas sobre los cuales ha de contratarse.

Además hay que sostener que la administración siempre tiene una relación de ventaja frente a los particulares y que en el sistema de contratación pública el sujeto activo del proceso administrativo tiene ciertas prerrogativas legales aplicables a la contratación las que le permiten imponer las reglas a las cuales se somete el particular que desea contratar con ella; este mecanismo se expresa por medio de las denominadas cláusulas exorbitantes.

En el derecho común no es aplicable la existencia de esta prerrogativa por tanto no pueden ser de estipulación en contratos privados por ser contrarias al derecho de igualdad contractual reconocido por la Constitución; puesto que, sin duda establecen una desigualdad entre los intervinientes.

Pero, en materia pública es usual que la administración, por efecto de la misma relación de ventaja que tiene frente a los administrados pueda establecerlas, como condicionamientos para asegurar el cabal cumplimiento de las obligaciones que se generan en un contrato administrativo.

Pues su forma de impugnación se encuentra consagrada en el Artículo 77 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva: “Las

*diferentes manifestaciones jurídicas que han intervenido en la formación y ejecución de un contrato administrativo son susceptibles de ser impugnadas en sede administrativa o judicial de conformidad con este estatuto y la ley respectiva.*

*En general y de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada, los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo tienen competencia privativa y exclusiva para conocer y resolver judicialmente todos los aspectos derivados de y relacionados con todos los contratos administrativos.”*

*Pues en el artículo 38 señala lo siguiente: “Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos, y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa”.*

*De lo que se desprende que son competentes los Tribunales Distritales, en razón de la materia y territorio, pues en el artículo 38 ibídem señala que será competente el tribunal distrital del domicilio del actor.*

*Así el artículo 65 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa señala: [...] En los casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de **cinco años**. [...].*

En conclusión, respecto de los términos para que opere la caducidad, tenemos que son de 90 días para el caso del recurso de plena jurisdicción, esto es un acto administrativo notificado en el caso del acto expreso, tres años para las materias correspondientes del recurso objetivo y **cinco años** para el caso de controversias relacionadas con contratos y cualquier otra materia que no esté prevista en los supuesto anteriores.

## **2.2 Hechos Administrativos.-**

Son toda expresión de la administración que tenga el carácter de material, físico y fáctico, que se realiza sin tener sustento en un acto o resolución legítima de autoridad u órgano competente, es decir son arbitrarios y ejecutados por servidores públicos. En esta categoría se encuentran por ejemplo la demolición de una obra construida sin la autorización correspondiente en áreas públicas como la clausura de un establecimiento comercial, si se realiza cumpliendo una resolución administrativa legítima ya no constituye un hecho administrativo.

Las personas afectadas por hechos administrativos deberán denunciarlos o presentar el respectivo reclamo ante la autoridad correspondiente. Si formulado el reclamo la Administración lo niega, se podrá impugnar dicha decisión ya sea en sede administrativa o judicial.

Cuando los hechos administrativos afectaren una garantía constitucional de forma cierta e inminente será posible su impugnación en la forma prevista en la Constitución.

## **2.3 Reglamentos Administrativos.-**

Es una declaración de la voluntad unilateral que realiza la máxima autoridad administrativa de un organismo público, cuyo objeto es generar efectos subjetivos en los administrados, con alcance general, imponiendo principios activos y regulando el ejercicio de derechos, mediante procedimientos específicos. La potestad reglamentaria normalmente esta atribuida a la Función Ejecutiva, en especial al Presidente de la República; pero también la Constitución o la ley pueden entregar esa capacidad a otros órganos públicos.

El Reglamento tiene como propósito fundamental viabilizar de mejor manera el cumplimiento de las competencias administrativas, sirven de complemento a la ley; puesto que la administración al ejecutar las disposiciones encuentra situaciones de detalle que deben ser resueltas para lo cual es necesario asumir la capacidad colegislativa y expedir disposiciones jurídicas de carácter general que eviten o solucionen las distintas circunstancias que se presenten en la ejecución de la ley.

Las disposiciones reglamentarias nacen del ejercicio de la función administrativa pues solo la ley y la Constitución tienen fuerza soberana; por tanto su ubicación jerárquica en la órbita jurídica les subordina a esos cuerpos normativos.

Los reglamentos administrativos a diferencia del acto administrativo, el alcance es general y sus efectos es permanentes, sin embargo su tratamiento jurídico en cuanto a impugnación y efectos es similar al acto administrativo, es decir, Las personas que se consideren afectadas directamente por las disposiciones de actos normativos o por los actos de ejecución de los mismos podrán pedir su derogatoria o reforma en sede administrativa, sin perjuicio del derecho que les asiste de impugnarlos judicialmente.

Así al revisar el Artículo 82 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, señala:

*“Los actos normativos surtirán efectos desde el día en que su texto aparece publicado íntegramente en el Registro Oficial. En situaciones excepcionales y siempre que se trate de actos normativos referidos exclusivamente a potestades de los poderes públicos o en casos de urgencia debidamente justificada, se podrá disponer que surtan efecto desde la fecha de su expedición.”*

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **PRINCIPIOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Los principios de la Administración Pública son pilares fundamentales que sirven de base a la actividad administrativa, se encuentran determinados en el ordenamiento jurídico y por ser instrumentos de la justicia están sujetos a cambios que obedecen a las nuevas y cambiantes condiciones de la sociedad a la que protegen y garantizan sus derechos.

Como bien lo puntualiza el Dr. Patricio Secaira Durango en su obra citada, “...los principios jurídicos nos entregan el marco de referencia de la institucionalidad, nos permiten entender la legalidad del obrar administrativo...”

El Dr. Jorge Zavala Egas en su libro *Introducción al Derecho Administrativo*, con propiedad manifiesta, que cuando el Derecho Administrativo carece de normas propias a las que se denomina lagunas de la ley, que surgen como fenómeno de inexistencia de ley, incluso antes que las normas del Derecho privado, se aplican los principios generales del Derecho. “... la moderna magnificación de los principios generales actúa con independencia de que no existan disposiciones normativas suficientes, quizá porque ahora se entiende que ningún sistema positivo, ni siquiera codificado puede ser suficiente por sí mismo, y que, por tanto, el Ordenamiento Jurídico precisa inexcusablemente de principios generales estructurales.”

De modo que los Principios de la Administración Pública son pilares de sustento primigenio que lo individualizan y lo entienden, entre otros se puede señalar los siguientes:

#### **3.1 Principio de Dignidad Humana.-**

Este principio tiene como propósito lograr que el Estado proporcione a los ciudadanos, un medio propicio para que su vida se desarrolle con la contingencia de elementos que le procuren bienestar, seguridad y paz. Para este efecto la Constitución de la República del Ecuador contiene disposiciones de

transcendental importancia como aquella que garantiza el goce de los derechos sin discriminación alguna.

El Artículo 11 ibídem en los numerales 4 y 5 en su orden, ha previsto: *“Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.” “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”*

De tal manera que nuestra Constitución ha creado el marco normativo necesario para garantizar la efectividad del goce de estos derechos y por tanto su cumplimiento es exigible ante el órgano constitucional o jurisdiccional correspondiente, considerando que todos estos derechos son irrenunciables, inalienables, indivisibles y de igual jerarquía que tienen los principios y derechos consagrados en la Carta Magna.

### **3.2 Principio de igualdad.-**

Es fundamental en el Estado Constitucional de Derechos y debe ser garantizado de manera efectiva y prioritaria, es fundamental su cumplimiento para evitar la arbitrariedad.

Está previsto en la Constitución de la República del Ecuador en el Artículo 11 numeral 2, que textualmente es como sigue: *“Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación”.*

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”.



De lo anotado podemos concluir que el ordenamiento jurídico deberá establecer un tratamiento diferenciado para el goce de derechos ante una justificación evidente, como por ejemplo en el caso de los grupos vulnerables. Este principio impulsa un tratamiento más benigno a quienes necesitan mayor atención por parte del Estado, en una especie de compensación social, reconociendo sus diferencias y legislando de modo que exista un accionar público más equitativo; en el entendido que no existe discriminación entre iguales, pues la discriminación solo se produce entre iguales.

### **3.3 Principio de Seguridad Jurídica.-**

La seguridad jurídica es la convicción de que la ley es cumplida y aplicada por todos, especialmente por las autoridades. Es el sometimiento de las instituciones y organismos públicos al ordenamiento legal, pues debemos referirnos en este aspecto, a que los actos de la administración gozan de la presunción de legitimidad, por lo tanto deberían encontrarse siempre configurados dentro del marco legal establecido, para dar precisamente seguridad jurídica, principio que se vería cumplido el momento que por igual, los ciudadanos y los funcionarios públicos respeten cabalmente las normas constitucionales y legales cumplan su deber, se desempeñen honesta y responsablemente. Este principio se encuentra consagrado en la Constitución de la República en el Artículo 82, en los siguientes términos: *“...El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes...”*

El Dr. Jorge Zavala Egas, al referirse al principio en análisis manifiesta: “La seguridad jurídica es un principio general del Derecho, pues, además de su reconocimiento constitucional positivo, el juez evidenciará que para su desarrollo y protección han surgido instituciones jurídicas con sus respectivas técnicas como es la legislación escrita; la publicidad de ésta; su general irretroactividad. Este innegable principio general, actúa como fuente del Derecho, supletoria de la ley, cuando, por ejemplo, del mismo se concluye que existe el deber de la Administración Pública de responder a consultas formuladas por los ciudadanos; no obstante que no hay ley previa que lo prescriba. Como se observa, ha nacido

una nueva competencia para la Administración, sin ley expresa previa, únicamente asentada en el principio de seguridad jurídica y, de éste surge una nueva institución jurídica que es la consulta administrativa, la misma que se desarrollara con sus propias regulaciones y técnicas solo con el respaldo normativo del principio de seguridad jurídica”.(Zavala, 233)

Un aporte relevante en este aspecto, brinda la Procuraduría General del Estado, a través de su máximo funcionario, quien tiene la facultad de dar asesoramiento legal y absolver consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público, con carácter vinculante. Esta actividad es permanente y de gran importancia ya que permite a los funcionarios de las instituciones concurrir a las consultas, en aras de solucionar de forma correcta los contingentes legales que se presentan a diario en el accionar de la administración pública.

### **3.4 Principio de Legalidad.-**

También llamado principio de Primacía de la Ley, este es un principio fundamental del Derecho Público, en base de este principio las personas, los órganos del poder público deben cumplir las leyes y someterse al ordenamiento jurídico del Estado.

Se dice que el Principio de legalidad es la regla de oro del Derecho Público, porque actúa como parámetro para determinar si constituye un Estado de Derecho, es decir, si sus órganos y funcionarios respetan y se someten al ordenamiento legal, se configuraría tal calidad, ya que la normativa vigente debe constituir el fundamento y límite de sus actuaciones.

El Dr. Marco A. Morales Tobar en su guía de Derecho Procesal Administrativo, manifiesta que actualmente debemos considerar al principio de Legalidad con mayor amplitud, que el administrador público y la administración, a más de respetar la normativa jurídica deben proponer a la juridicidad de sus actos, al cumplimiento de misión social, considerando el importante rol que les ha sido asignado en procura del bien común. La Constitución de la República del Ecuador, ha previsto que ninguna servidora o servidor público está exento de responsabilidades en el ejercicio de su cargo, que sus actuaciones están sujetas

a la evaluación permanente; además a determinado los principios que rigen la administración pública, los mismos que constan en el Art 227 y que tienen como fin común la satisfacción de las necesidades colectivas de manera ágil, eficiente y oportuna.

El tratadista Roberto Dromi, en su obra Derecho Administrativo (1999). Pg. 61, expresa "...debe estatuirse que en virtud del principio de legalidad, se alumbra y se delimita al procedimiento administrativo, por lo que constituye una condición esencial para su existencia."

Finalmente cabe precisar que nuestra Constitución, en el Art. 226 prescribe que quienes integran la administración pública y actúan en virtud de una potestad estatal, solamente ejercerán las competencias y facultades que la Constitución y la ley les atribuye. Está claramente determinado el campo de acción legal dentro del cual se pueden manejar los servidores públicos, ir más allá significa rebasar la esfera de las facultades y por lo tanto infringir las normas legales.

### **3.5 Principio de proporcionalidad.-**

Puede explicarse como la relación lógica, equilibrada entre la infracción o falta con la sanción impuesta. "La proporcionalidad, entendida como la acción administrativa que se adecua a la realidad y necesidad social que debe ser cubierta por la administración pública, graduándola en función de cada antecedente fáctico a fin de que la decisión se ajuste mesuradamente a esa realidad." ( Secaira, 60)

En la Constitución de la República del Ecuador, entre las garantías básicas del derecho al debido proceso tenemos lo siguiente *"La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza"*. También el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva en el Art. 193 se refiere al principio de proporcionalidad y dice: *"1. Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar directa o subsidiariamente privación de la libertad.- 2. Salvo lo previsto en la ley, en la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por la Administración Pública Central se*

*deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada”.*

La aplicación del principio de proporcionalidad generalmente es mayor en el campo penal, en materia administrativa todavía nos sorprendemos de la omisión de su inserción en trámites administrativos como de procedimiento administrativo, a pesar de ser una garantía constitucional y de ser una atribución legislativa es frecuentemente inobservado, situación que es el fundamento de muchas impugnaciones por parte de los administrados.

### **3.5 Principio de Legitimidad.-**

Este principio se encuentra contenido en el Art. 68 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, su texto es: *“Legitimidad y ejecutoriedad.- Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y, de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto”*

Las decisiones de la Administración tienen fuerza ejecutiva como consecuencia de la presunción de legitimidad y ejecutoriedad, es decir, que son de inmediato cumplimiento por coacción propia, sin necesidad del auxilio judicial, en aras de la gestión eficaz de los servicios públicos. El acto administrativo para ser ejecutorio deberá ser perfecto y reunir los requisitos para su plena validez. La administración para ejecutar un acto posee sus medios propios, pues siendo una función que se caracteriza por su inmediatez, oportunidad y permanencia al servicio de la sociedad en procura de la satisfacción de necesidades colectivas, no puede ni debe para su actuación estar suspendida a que otra función o instancia estatal, de su aprobación para el otorgamiento de las prestaciones que le competen en el marco de la Constitución y la ley.

### **3.6 Principio de Autotutela Administrativa.-**

A través de este principio se establecen los límites que la Constitución y la Ley crean para el ejercicio de la actividad pública; que se expresan a través del control que la propia administración hace de sus actos; sea por medio de órganos de

superior o igual jerarquía, de modo posterior o anterior a la emisión del acto, o simplemente ejercido por el mismo servidor público al cumplir sus atribuciones del modo que ordena la norma jurídica.

Los recursos en la vía administrativa son considerados como un procedimiento para que la administración pueda auto controlarse. La autotutela es el mecanismo de vigilancia permanente que la propia administración hace de sus actos, dejándolos sin efecto cuando estos vulneran el ordenamiento jurídico. La autotutela exterioriza la capacidad de iniciativa propia de la administración pública para vigilar sus actos, sin concurrir ante otras autoridades. (Secaira, 61)

### **3.7 Principio de jerarquía.-**

Los tratadistas Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández, en su obra “Curso de Derecho Administrativo”, manifiestan que el ordenamiento jurídico administrativo tiene una estructura piramidal jerárquica, pues en la cúspide de la pirámide se encuentra en la Constitución, luego la ley, a las que está sometida la administración y sus reglamentos que también se relacionan jerárquicamente entre sí de forma correlativa a la jerarquía que une a los órganos de que proceden.

El derecho administrativo estructura sus órganos y autoridades, de tal modo que su accionar sea lo menos controvertido posible, dando categorías de supra y subordinación jurídicas, para hacer viables la decisión que se adopten. No puede entenderse como un poder horizontal, sino siempre será vertical pues existen órganos públicos con mayor fuerza que otros, normas jurídicas con mayor imperio que otras y servidores públicos con mayores competencias o autoridad que otras.

### **3.8 Principio de Especialidad.-**

En base de este principio la administración cuenta con las facultades necesarias para el cumplimiento de su fin. Obliga al poder público a dotar a la colectividad de órganos adecuados a cada interés del servicio público, con el fin de que sea prestado con seguridad.

### **3.9 Principio de Permanencia.-**

La administración pública tiene una continua actividad, que no debe ser interrumpida, considerando que las necesidades ciudadanas son progresivas en proporción al crecimiento demográfico, situación que no permite la interrupción del accionar de la administración.

### **3.10 Principio de Eficiencia.-**

La eficiencia se refiere a la idoneidad de la actividad realizada para alcanzar la producción de un efecto. Se dice que la eficiencia es el principio más moderno de la función administrativa, hoy en día no solo es necesario que se produzcan las prestaciones de la administración sino que estas sean satisfactorias.

### **3.11 Principio de Calidad.-**

La implementación del principio de calidad exige adaptarla a factores humanos, administrativos, políticos y sociales que engloba la gestión pública, para hacer de ella una estrategia efectiva que responda a las expectativas de reforma de las administraciones públicas.

Su incorporación en la producción del servicio público, afronta el reto de recuperar la credibilidad y la confianza de los ciudadanos en el quehacer de la administración pública. La calidad ha sido implementada por situaciones sociales apremiantes, tales como la limitación de los presupuestos.

La calidad se relaciona directamente con la consolidación de la nueva gestión pública, eficiente, eficaz que brinda comodidad, atención oportuna a los ciudadanos por lo tanto permite revalorizar la percepción que tiene el usuario de los servicios públicos, lo que poco a poco ira dando lugar a una nueva cultura administrativa.

### **3.12 Principio de desconcentración.-**

En nuestro ordenamiento jurídico, el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, en el Artículo 54 se refiere a la desconcentración en los siguientes términos: *“La titularidad y el ejercicio de las*

*competencias atribuidas a los órganos administrativos podrán ser desconcentradas en otros jerárquicamente dependientes de aquellos, cuyo efecto será el traslado de la competencia al órgano desconcentrado. La desconcentración se hará por Decreto Ejecutivo o Acuerdo Ministerial.”*

Este principio que sustancialmente consiste en descongestionar a un órgano de una determinada actividad, para asignarla a otro jerárquicamente inferior, solo se puede dar entre órganos de la misma administración y puede realizarse horizontalmente hacia órganos del mismo nivel o verticalmente hacia órganos subordinados. Es una manifestación de la concepción moderna de administración pública, que busca prioritariamente la satisfacción de las exigencias de los administrados, de una manera ágil, efectiva y oportuna.

### **3.13 Principio de Descentralización.-**

La descentralización consiste en la transferencia definitiva de competencias, responsabilidades, atribuciones, recursos, en especial financieros, de la Administración Central hacia los órganos seccionales autónomos o a los órganos de la Administración Institucional, para distribuir los recursos y servicios teniendo en consideración las necesidades de las respectivas circunscripciones territoriales.

El ERJAFE en el Artículo 51 prevé lo siguiente: “ *De la descentralización.- mediante la descentralización administrativa se transfieren de manera definitiva funciones que desempeñan órganos de la Administración Central a favor de entidades del Sector Público de la Administración pública Institucional o del Régimen Seccional Autónomo*”.

### **3.14 Principio de Coordinación.-**

Este principio consiste en que debe haber coherencia entre las decisiones tomadas con las actuaciones realizadas por cada una las Instituciones del Estado para el apropiado cumplimiento de los fines señalados en la Constitución. El principio de coordinación no puede identificarse con el de control de tutela que es

la única forma en que en un estado democrático se logran conciliar intereses diversos.

El Artículo 226 de la Constitución señala: “[...] *Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución*”.

La coordinación, tanto en una misma Administración como Administraciones distintas, adquiere enorme importancia, pues se trata de accionar con la misma eficacia que si se tratara de una sola Administración y no de varias.

### **3.15 Principio de participación.-**

El principio de participación entraña la colaboración que deben prestar los diversos organismos del sector público para alcanzar una misma finalidad común, actuando cada una de ellas en función de sus competencias; este principio es conocido doctrinariamente como coparticipación cuando esa colaboración la realizan organismos del sector público y del sector privado, con la finalidad de alcanzar un objetivo común que beneficie a la sociedad. Se debe destacar el reconocimiento del derecho de participación a través de información pública y el derecho a presentar alegaciones.

### **3.16 Principio de Planificación.-**

Este principio consiste en que se debe establecer por anticipado cuales son los objetivos a cumplirse por parte de la Administración y que se ha de hacer para alcanzarlos, cuales son los planes necesarios para ello, cómo hacerlo, cuándo y en qué orden. Se dice que es la primera función administrativa ya que es la base para la realización del resto de funciones.

Reviste una singular importancia ya que la actividad administrativa implica una inversión de recursos públicos que son onerosos para el Estado y para ejecutar proyectos o planes se debe actuar sobre pasos firmes y preestablecidos.



### 3.17 Principio de Transparencia.-

Considerado como una prolongación del principio de publicidad; consiste en que el accionar del poder público este a la vista de todos, sin impedimentos, salvo los previstos en la ley. Refleja la cualidad que debe tener la administración pública en su accionar, aplicando procedimientos correctos, transparentes.

La transparencia requiere la comunicación de información, se debe informar sobre los objetivos de las políticas públicas, los procesos de toma de decisiones, los fundamentos de esas políticas; en definitiva lo que se requiere es el acceso del público al quehacer de la administración, para posibilitar al administrado el manejo de la cosa pública, lo que es una forma de control democrático del manejo de fondos públicos, disminuyéndose como consecuencia, los riesgos de una gestión arbitraria.

Es por lo tanto un deber de la Administración dar a conocer y divulgar su información para fomentar la participación ciudadana en torno a la discusión y toma de decisiones.

### 3.18 Principio de Evaluación.-

Permite que tanto el organismo público como esencialmente quienes tienen la administración del mismo puedan determinar el grado de cumplimiento de los objetivos planteados, a fin de determinar la idoneidad de las políticas de acción y planificación de las mismas para fortalecerlas, mejorarlas o corregirlas en el caso de que no estén cumpliendo con su propósito.

Este principio tiene relación con las atribuciones otorgadas a la Contraloría General del Estado que en el Artículo 211 y 212 de la Constitución de la República señala:

**Art. 211.-** *La Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.*

**Art. 212.-** *Serán funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley:*

- 1. Dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos.*
- 2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado.*
- 3. Expedir la normativa para el cumplimiento de sus funciones.*
- 4. Asesorar a los órganos y entidades del Estado cuando se le solicite.*

## **CAPÍTULO CUARTO**

# **EL ROL DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO**

La Procuraduría General del Estado es un organismo público de control, con personería jurídica, patrimonio y fondos propios, autonomía administrativa, presupuestaria y financiera, dirigido y representado legalmente por el Procurador General del Estado. Tendrá su sede en la Capital de la República y podrá establecer delegaciones distritales o provinciales, de acuerdo a sus necesidades administrativas.

La Procuraduría General del Estado, tiene un rol fundamental dentro de la estructura del mismo, considerando que es la encargada de ejercer la representación judicial del Estado, dentro y fuera del país. Cuenta con cinco direcciones regionales, cuya misión es representar a la Institución, en el patrocinio del Estado, en áreas de su jurisdicción, así: Guayas, Azuay, Manabí, Chimborazo, Loja.

La defensa debe ser ejercida de manera adecuada con responsabilidad, profesionalismo y probidad. De igual forma, en el ámbito de la asesoría, debe estar en capacidad de dar pronunciamientos jurídicamente consistentes, fundamentados en derecho y en el respeto a los derechos humanos, de manera que contribuyan a la seguridad jurídica del Ecuador; además en el ordenamiento jurídico es responsable del control de la legalidad de los actos y contratos, en el ámbito de sus actuales atribuciones.

Debe coordinar la defensa del Estado y de sus Instituciones Públicas, venciendo el viejo estilo de convertir a las instituciones de control en bastiones de la contradicción política y combate al Gobierno de turno. El Procurador debe actuar en forma reflexiva y ecuánime, pero con consistencia y oportunidad, transmitiendo seguridad en sus pronunciamientos y argumentos jurídicos, así

como solvencia moral y ética. Debe tener una actuación responsable, dentro del marco del Derecho, en la defensa de los intereses del Estado.

Los Delegados Distritales de la Procuraduría General del Estado tienen establecidas sus atribuciones en su Ley Orgánica y en el Reglamento correspondiente debiendo realizar una gestión importante en el área de influencia, toda vez que ejercen directamente el cargo de Abogado del Estado, y se convierten en un termómetro para medir la gestión de la defensa de los intereses judiciales de la Administración Pública Central, así como de todas las entidades del Estado.

La Procuraduría General del Estado ha dado la trascendencia administrativa, legal que deben tener estas Delegaciones, específicamente en el ámbito de las funciones que cada una de ellas tiene para el cumplimiento de sus fines. La desconcentración o descentralización de funciones es el mecanismo acogido por el señor Procurador General del Estado para que la institución cumpla, de manera ágil, oportuna y eficaz, la defensa judicial de los intereses del Estado y de sus organismos, el control, la asesoría se la ejecuta con la inmediatez que cada caso requiere.

Otra cuestión de carácter jurídico que se debe considerar es la referida a la responsabilidad con la que los delegados asumen los actos administrativos, actos de simple administración, etc., y no puede ser de otra manera, sino la contemplada en el Artículo 233 de la Constitución de la República que a su texto señala: *“...Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos”*., pero siempre teniendo en cuenta que **la razón de ser del Estado y de sus funcionarios es garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos garantizados en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.** (Subrayado intencional de la Autora)

Con la modernidad, las relaciones del Estado con sus administrados, se han tornado cada vez más complejas, pero también más dinámicas. La complejidad y

variedad sumadas a la vertiginosidad con que se desarrollan los hechos, terminan incidiendo en un aumento evidente de la conflictividad, fenómeno en el que la Procuraduría tiene una misión profiláctica a través de atención de consultas, control de contratos y contratación pública, cuando el Estado es afectado, como actor o demandado en acciones litigiosas.

Pues litigar con el Estado sigue siendo, una desventaja para los intereses de la comunidad; defensa institucional débil, rutinaria, sin motivación, cuando no dolosa o concertada, en la mayoría de los casos pérdida de ingentes cantidades de recursos o dinero, agravada por una consistente pérdida de valores éticos y morales, desconfianza e inseguridad jurídica que devenía en irrespeto a las instituciones públicas y a la ley.

La Procuraduría General del Estado en el empeño del cumplimiento de los objetivos del Estado Ecuatoriano, y, al delegar facultades a las Delegaciones Distritales y Provinciales busca un acercamiento con su único cliente, el Estado Ecuatoriano, manifestado en sus Administraciones Centrales, Institucionales, Seccionales, Organismos Descentralizados, Autónomos. Esta aproximación entre cliente y abogado permitirá una defensa oportuna y eficiente de los intereses nacionales e institucionales en el ámbito de la aplicación del derecho, y, provocar en la Función Judicial un fallo justo y apegado a la realidad procesal.

Entre las atribuciones y deberes del Procurador General tenemos:

- Comparecer en cualquier instancia y ante cualquier Juez y Tribunal.
- Reclamar judicialmente de terceros los bienes y demás interés fiscales.
- Informarse del curso y estado de los juicios en que, a nombre de la Nación o el Fisco, intervengan los Agentes Fiscales.
- Presentar informes relativos a los asuntos en que tengan interés el Estado, cuando lo solicitaren la Asamblea o cualquiera de los Ministros.
- Dar el dictamen que cualquiera de los Ministros de Estado solicitare sobre la inteligencia o aplicación relacionada con el interés público.

- Informar anualmente a la Asamblea Nacional acerca de sus gestiones, indicando lo que estimare conveniente para la mejor defensa de los intereses que le están encomendados.

En el campo de la contratación pública, la Procuraduría General del Estado facilita a las instituciones del Estado contar con la asesoría legal mediata a los problemas que se suscitaren dentro de la ejecución de un contrato público, la que cada Delegación la coordinará con la Contraloría General del Estado, sus Delegados y demás funcionarios. Este servicio redundará en beneficio de la sociedad, toda vez que los contratos públicos concluirán en los plazos pactados originalmente.

Las Delegaciones Distritales y Provinciales de la Procuraduría General del Estado asumen el control de la contribución a favor de la institución, que debe ser pagada por los contratistas que ejecuten los contratos conforme a la indicada ley; recaudación que incidirá en la optimización del servicio que presta la Procuraduría.

Finalmente, el Procurador, debe trabajar en defensa del Estado, en forma técnica y profesional, con objetividad, priorizando lo jurídico por sobre lo político. Debe coordinar la defensa del Estado con el Ejecutivo, de forma reflexiva y ecuánime, con consistencia y oportunidad, transmitiendo seguridad en sus pronunciamientos y argumentos jurídicos, así como solvencia moral y ética.

## CAPÍTULO QUINTO

# LA FACULTAD INTERPRETATIVA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO POR LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

### 5.1 Constitucionalidad de los Artículos 3 y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

A diferencia del dictamen del Procurador, la naturaleza normativa de estos artículos es clara, y por tanto, es procedente analizarlos directamente bajo la atribución prevista en el numeral 3 del Artículo 237 de la Constitución de la República. Para ello resulta necesario partir de la siguiente interrogante. En el juicio de aplicación e inteligencia de la ley, que efectúa el Procurador General del Estado, ¿resulta ser una interpretación?

De conformidad con el Artículo 237 numeral 3 de la Constitución de la República, corresponde al señor Procurador General del Estado, el asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, **sobre la inteligencia o aplicación de la ley en aquellos temas en el que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos**. Por su parte, los artículos 3 literal e y 13 de la Ley de la Procuraduría General del Estado en su parte pertinente señalan: de la absolución de consultas.- Sin perjuicio de las Facultades de la Función Legislativa del Tribunal Constitucional hoy Corte Constitucional y de la Función Judicial, determinadas en la Constitución de la República y en la Ley, el Procurador General del Estado asesora y absolverá las consultas jurídicas con carácter vinculante, **sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales**, legales o de otro orden jurídico, a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público y de los representantes legales o convencionales de las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social y pública excepto cuando se trate de asuntos que

hayan sido resueltos por jueces, tribunales de la República o que estén en conocimiento de los mismos, hallándose trabada la Litis, incluyéndose acciones y recursos que se sustancien o deban sustanciarse en el Tribunal Constitucional.

A partir de lo señalado ¿Se puede considerar al juicio de aplicabilidad e inteligibilidad que realiza el Procurador General como un ejercicio legal y constitucional? Para dar respuesta a la cuestión, es necesario, en primer lugar, determinar que significa interpretar una norma.

El diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas trae como primera acepción de *"Interpretación.- Acción o efecto de interpretar; esto es, declaración, explicación o aclaración del sentido de una cosa o de un texto incompleto, obscuro o dudoso"*.

Por su parte en el ámbito jurídico interpretación es un instrumento que nos ayuda a establecer el significado o alcance de las normas jurídicas y para conocer su verdadero sentido y determinar su alcance o eficacia general o en un caso particular. De tal manera la misión de la interpretación o juicio de aplicabilidad e inteligencia, es evitar la contradicción de normas a través del descubrimiento del sentido latente u oculto que presentan los distintos textos normativos.

En tal virtud, se torna evidente que el juicio de aplicabilidad e inteligencia que realiza el Procurador General del Estado, en el ejercicio de su competencia prevista en el Artículo 3 literal e y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, constituye un auténtico ejercicio de interpretación legal.

Resulta necesario recordar que, bajo el régimen de la Constitución Política de 1998, el Tribunal Constitucional del Ecuador no fue el máximo órgano de interpretación constitucional, y por tanto, no existía yuxtaposición de competencias con respecto a la facultad interpretativa – constitucional del Procurador General del Estado. No obstante, con la vigencia de la nueva Constitución de la República, la Corte Constitucional del Ecuador, órgano rector de la Justicia Constitucional se convierte en la máxima instancia de interpretación y Control Constitucional. Así el Artículo 429 de la Constitución de la República señala:..."*La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación*



*constitucional y de administración de justicia en esta materia*”. Por su parte el Artículo 436 numeral 1 de la Carta Fundamental al respecto dispone:...La Corte Constitucional ejercerá, además de las que confiere la ley, las siguientes atribuciones: 1, Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución de los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones, tendrán carácter vinculante. En armonía con los preceptos citados, el artículo 237 numeral 3 de la Constitución de la República señala(...) Corresponderá a la Procuradora o Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determina la ley: 3. El Asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos. En razón a lo expuesto, es evidente que el Artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, en lo relacionado a la absolución de consultas jurídicas con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de normas constitucionales, se encuentra en manifiesta contradicción respecto a los preceptos constitucionales citados. Así por ejemplo en la Sentencia No. 0005-2009-IC de la Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de Transición; el dictamen objeto de la acción, fue emitido de conformidad con la Constitución Política de 1998, se dispone al señor Procurador General del Estado, cumpla con la Constitución vigente **y se abstenga definitivamente de absolver consultas relacionadas a la aplicación o inteligencia de normas previstas en la Constitución o en instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador**. De conformidad con la Constitución de la República vigente, estas son facultades privativas de esta Corte. Sus funciones deben limitarse a la absolución de consultas sobre la inteligencia y aplicabilidad de normas con rango de ley.

Esta Corte reconoce, como lo ha hecho su similar de Perú que “...la declaración de inconstitucionalidad es (...) una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad, al que solo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en

situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable.<sup>2</sup>

En este mismo sentido la Corte Colombiana tiene como máxima el respeto al “principio de la conservación del derecho, según el cual los tribunales constitucionales deben siempre buscar conservar el al máximo las disposiciones emanadas del Legislador en virtud del respeto al principio democrático. Tanto el Tribunal peruano como la Corte colombiana han desarrollado soluciones para no expulsar indiscriminadamente normas del ordenamiento jurídico y respetar este principio de la conservación del derecho. En Colombia, la Corte, aplica la declaración de “constitucionalidad condicionada” que consiste en la delimitación del contenido de la disposición acusada para el desarrollo del principio de conservación del derecho, poder preservarla en el ordenamiento. Así, la sentencia condicionada puede señalar que solo son válidas algunas interpretaciones de la misma, estableciéndose de esta manera cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimos constitucionalmente.<sup>3</sup>

Por su parte, la jurisprudencia peruana ha definido el principio de conservación de la ley como un “axioma (que) exige al juez constitucional “salvar” hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada, en aras de afirmar la seguridad jurídica y la gobernabilidad del Estado. Es decir, la expulsión de una ley del ordenamiento jurídico por inconstitucional, debe ser la última ratio a la que debe apelarse. Así, la simple declaración de inconstitucionalidad no debe ser utilizada, salvo si es imprescindible e inevitable”. Además, la jurisprudencia peruana favorece la conservación de la ley con la aplicación del principio de interpretación desde la Constitución a través de la cual se asigna un sentido a una ley cuestionada de inconstitucionalidad, a efectos que ella guarde coherencia y armonía con el plexo del texto fundamental. Para la aplicación de estos principios y la

---

<sup>2</sup> Comisión andina de Juristas, El proceso de inconstitucionalidad en el Perú.

<sup>3</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-492/00, párrafo 4. Dispone en internet en <http://www.dafp.gov.co/leyes>

inconstitucionalidad como “última ratio”, el Tribunal Constitucional del Perú ha desarrollado varias alternativas de sentencias constitucionales. Entre estos tipos de sentencias resulta relevante para la resolución de este caso, la sentencia “reductora”. Estas sentencias constitucionales que una parte del texto cuestionado es contrario a la Constitución y ha generado vicio de inconstitucionalidad. En consecuencia la sentencia reductora restringe el ámbito de aplicación de la ley impugnada a algunos de los supuestos o consecuencias jurídicas establecidas en la literalidad del texto.

En especie declarar la inconstitucionalidad total de los Artículos 3 literal d) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado sería una medida desproporcionada y causaría un vacío innecesario en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Pero tampoco puede subsistir la inconstitucionalidad manifiesta de permitir al Procurador interpretar normas constitucionales o cualquier otra norma con carácter supra legal.

## **5.2 Naturaleza Jurídica de la absolución de consultas de la Procuraduría General del Estado.**

De conformidad con el Artículo 237 de la Constitución de la República, el Procurador General del Estado es el representante judicial del Estado, le corresponde ejercer el patrocinio del Estado, el asesoramiento legal y las demás funciones que determine la ley, competencias que se reiteran en el artículo 2 de la LOPGE. Respecto de los dictámenes del Procurador General del Estado, la letra e) del arto 3 de la LOPGE, señala, como atribución exclusiva de este funcionario la de absolver consultas y asesorar a los organismos y entidades del sector público, así como a las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, sobre la inteligencia o **aplicación de las normas constitucionales**, legales o de otro orden jurídico, agregando que este pronunciamiento es obligatorio para la administración pública, sobre la materia consultada, en los términos que se indican en esta ley.

Esta facultad interpretativa de normas del Procurador General del Estado, producto de la absolución de consultas, es sin perjuicio de las facultades de las Funciones Legislativa y Judicial y de la Corte Constitucional.

Así, las atribuciones de estos órganos del poder público no chocan ni se yuxtaponen a la Asamblea Nacional, ni la Función Judicial ni el Tribunal Constitucional hoy Corte Constitucional en el Ecuador están facultados para absolver consultas sobre la inteligencia y aplicación de normas, ni el Procurador General del Estado, con la interpretación que realiza en sus dictámenes, vincula a estas funciones del Estado que, en el ejercicio de sus atribuciones, determinan el sentido y alcance de las normas que aplican al efecto.

Respecto de la naturaleza jurídica de los actos de la administración, la doctrina española señala que todos estos actos se puede reducir a tres categorías primarias:

- Disposición o norma
- Acto o Resolución Administrativa
- Contrato

Se trata entonces, de encasillar al dictamen del Procurador en una de estas tres categorías generales.

Iniciando este análisis por lo más obvio, es fácil descartar el carácter contractual de los dictámenes del Procurador, pues la esencia del contrato es que “el contenido de la relación jurídica se fija de común acuerdo por las partes”. El contenido del dictamen tiene como antecedente la consulta, pero en ningún momento intervienen más partes para la determinación del final de tal contenido.

El dictamen del Procurador tampoco es un acto administrativo conforme los pronunciamientos del extinto Tribunal Constitucional ecuatoriano y de Rafael Oyarte.

El Tribunal Constitucional declaró que “los pronunciamientos del Procurador General del Estado al absolver consultas que se formulan no pueden ser estimados como actos administrativos en los términos generalmente aceptados

por la doctrina del Derecho Administrativo, al carecer de efectos individuales y directos.”<sup>4</sup>

El análisis de Rafael Oyarte va en el mismo sentido, el acto administrativo es “la declaración unilateral de voluntad de la autoridad pública competente, en ejercicio de su potestad administrativa, que ocasiona efectos jurídicos subjetivos, concretos e inmediatos, es decir que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas individuales”<sup>5</sup>, mientras que el dictamen del Procurador no es una decisión administrativa, sino un juicio de valor que se emite antes de la exteriorización de voluntad por parte del órgano de la administración que formula la consulta.

Resta analizar si es la “Norma” como última categoría primaria de expresión de los actos jurídicos de la administración. En este sentido hay dos posiciones contrapuestas; por una parte Rafael Oyarte caracteriza a la norma por su generalidad, universalidad, abstracción, obligatoriedad y permanencia; mientras que la doctrina administrativa española cuestiona esta posición clásica y señala que lo que caracteriza a la norma jurídica no es su abstracción y generalidad, sino que crea Derecho objetivo.

Oyarte rechaza la naturaleza de norma del dictamen del Procurador por tres razones: en primer lugar, señala que el dictamen del Procurador no es general porque solamente obliga al sujeto la administración; por otro lado, ese pronunciamiento no constituye una norma sino precisamente, la opinión sobre el modo de aplicación de normas sin que pueda reemplazar a las leyes y a las resoluciones interpretativas de la Asamblea Nacional y Corte Nacional de Justicia, y finalmente no encuentra una jerarquía dispositiva para estos dictámenes.

Señala que el dictamen solo obliga a la administración pública, pero la obligatoriedad del dictamen y su mandato de aplicar, inaplicar o de aplicar de determinada manera una norma, necesariamente incide en el ejercicio de derechos y prerrogativas de todos los administrados.

---

<sup>4</sup> Tribunal Constitucional del Ecuador, caso Nro. 003-2003-AA

<sup>5</sup> OYARTE MARTÍNEZ, Rafael, Mecanismos de Impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado, Foro Revista de Derecho No.6, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Quito, 2006.



La segunda objeción de Oyarte califica al dictamen del Procurador como una opinión sobre el modo de aplicar las normas, y le niega el carácter de “norma en sí misma”. Pero si se parte de que la norma “en sí misma” es la que crea Derecho objetivo, el dictamen del Procurador cumple con ese criterio.

Esta posición se explica alegando que el dictamen del Procurador no puede reemplazar las resoluciones del antiguo Congreso Nacional y Corte Suprema de Justicia hoy conocidas con Asamblea Nacional y Corte Nacional de Justicia, esto es negar el “ser” a partir del “deber ser”. Deben existir normas claras, supuestos de hechos que provoquen consecuencias precisas manifestadas en deberes y derechos, pero el “ser” del asunto demuestra que a falta de normas claras, a falta de resoluciones de la Corte, el Procurador, a través de sus dictámenes, crea el Derecho Objetivo y modifica el régimen de supuestos de hecho, de deberes y derechos.

La última objeción de Rafael Oyarte es la ausencia de una jerarquía normativa para el dictamen del Procurador. No obstante, la afirmación del autor, tanto la Constitución de 1998 (Artículo 272) como la del 2008 (Artículo 425) se refieren a los “otros actos de los poderes públicos” en la última jerarquía normativa. Se puede aceptar que en la Constitución de 1998, el Art. 272 solamente hacía referencia a la sujeción de todos los actos (normativos o no) a la jerarquía superior de la Constitución y no establecía explícitamente una graduación; pero el Art. 425 de la Constitución del 2008 define de manera expresa el orden jerárquico normativo y el dictamen está considerado dentro de la última categoría normativa como “acto del poder público.”

Incluso dentro del razonamiento seguido por Rafael Oyarte el dictamen del Procurador se aproxima en gran medida al concepto de norma, mucho más todavía en la línea seguida por la Corte Nacional, que considera como factor determinante para considerar norma o no al dictamen del Procurador, identificar si este crea Derecho Objetivo.

De tal manera que el Derecho objetivo es pauta, regla, escala según el cual se fundamenta que el comportamiento de los sujetos, bajo un supuesto de hecho, resulten derechos y deberes. El Derecho Objetivo es el que crea la razón jurídica

suficiente para engarzar con un determinado supuesto de hecho, determinados derechos y deberes que nacen, perduran y desaparecen con este. El derecho objetivo es el único que fundamenta y crea derechos subjetivos y deberes.

Es, precisamente, el carácter vinculante de estos pronunciamientos los que originan problemas, pues la administración formula las consultas precisamente para desvirtuar su propia responsabilidad a la hora de tomar las decisiones.

De esta manera el dictamen del Procurador no constituye una norma sino el modo de aplicación de normas, sin que pueda reemplazar a las leyes y a las resoluciones interpretativas emanadas de la Corte Nacional de Justicia, lo que torna al Procurador en una suerte de intérprete administrativo del Derecho, que no puede excederse del precepto objeto del dictamen y de lo consultado; el procedimiento para su emisión, haciendo presente el no establecimiento de plazo original para dictarlo, la forma de solicitar su reconsideración y la discusión sobre cuándo el dictamen es definitivo, especialmente si no se ha solicitado la reconsideración, y la posibilidad de modificar su contenido a futuro; la causa y el objeto, esto es, que no implique desviación de poder; y, la motivación del dictamen.

Sobre las características del dictamen del Procurador General del Estado, se dice que tiene el carácter unilateral realizada en el ejercicio de potestad administrativa y sometida a derecho administrativo, el mismo que se presume legítimo pero que no es ejecutorio ya que no se opone el contenido del pronunciamiento al administrado sino el acto final que se basa en el pronunciamiento vinculante, sin que tenga los efectos de un acto administrativo (no tiene eficacia jurídica directa).

Luego de revisar la naturaleza de los dictámenes, se desecha la idea de que sea susceptible de impugnación a través de la acción de inconstitucionalidad de acto normativo, dejando la posibilidad de que sea impugnado a través de la acción de inconstitucionalidad de acto administrativo.

En todo caso, la vía que indiscutiblemente existe para atacar los pronunciamientos del Procurador General del Estado es la Acción de Protección



pues es **Acto de Autoridad Pública** y bien puede **vulnerar Derechos Constitucionales** que, de modo inminente, se darían a través de un dictamen que es vinculante para quien formuló la consulta y de carácter obligatorio para toda la administración pública.



## CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo lo que buscado es resaltar la importancia que tiene la Procuraduría General del Estado dentro de la Administración Pública pues es una Institución fundamental para el Estado, así como un estudio de las manifestaciones de la Administración Pública, esto lo hice para entender claramente que es un acto administrativo, contrato administrativo, hechos y reglamentos administrativos y para desestimar la inclusión de los pronunciamientos del Procurador General del Estado dentro de estas clases de manifestaciones, además del estudio de los Principios de la Administración Pública.

Todo este estudio me ha permitido llegar a la conclusión de que la Facultad interpretativa que tiene la Procuraduría General del Estado en lo relacionado a la absolución de consultas jurídicas con carácter vinculante no constituye una norma sino más bien **es un acto sui generis**.

Pues es, precisamente, el carácter vinculante de estos pronunciamientos los que originan problemas, pues la administración formula las consultas precisamente para desvirtuar su propia responsabilidad a la hora de tomar las decisiones. Entonces, hay que definir sus mecanismos de impugnación, pues atacar el acto final que se emana luego de la consulta no soluciona el predicamento, pues se señala que el dictamen no solo vincula al consultante sino a toda la administración pública, por lo que no solo basta con anular los actos que se producen por un dictamen dictado con desapego a la juridicidad.

En todo caso, se puede decir que la vía que existe para atacar los pronunciamientos del Procurador General del Estado es la del amparo constitucional, pues este acto es uno de autoridad pública y bien puede vulnerar derechos constitucionales y ocasionar inminencia de daño grave, teniendo esta acción constitucional, entre sus objetivos la de evitar las consecuencias dañosas a derechos constitucionales que, de modo inminente, se darían a través de un



dictamen que es vinculante para quien formuló la consulta y de carácter obligatorio para toda la administración pública.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **BASE DOCTRINARIA:**

SECARIA DURANGO, Patricio: Curso Breve de Derecho Administrativo, Editorial Universitaria, Quito, 2004.

DROMI, Roberto: Acto Administrativo, Editorial Ciudad de Argentina, Buenos Aires, Madrid, México, 2008.

OYARTE MARTÍNEZ, Rafael: Curso de Derecho Constitucional, tomo II, Fondo Editorial Andrade & Asociados, Quito, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo.- RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Tomo I.- Editorial TEMIS S.A.- Bogotá- Lima 2008.

GORDILLO, AGUSTÍN, Tratado de Derecho Administrativo, Octava edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

GRANJA GALINDO NICOLÁ: Fundamentos de Derecho Administrativo, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja- Ecuador, 1999.

ZAVALA EGAS, Jorge, Introducción al Derecho Administrativo. Edino 2003.

OYARTE MARTÍNEZ, Rafael, Mecanismos de Impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado, Foro Revista de Derecho No.6, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Quito, 2006.

PABLO TINAJERO DELGADO, La Acción de Lesividad, Quito, Biblioteca de Jurisprudencia, 1986.



## **BASE LEGAL:**

Constitución de la República del Ecuador, 2008. Registro Oficial N° 449, de lunes 20 de octubre de 2008. Quito.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Publicada en el Registro Oficial 312 del 13-abr-2004. Quito.

Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), Publicado en el Registro Oficial 536 del 18-Mar-2002. Quito.

Ley. Nro. 35. Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Publicada en el Registro Oficial Nro. 338 del lunes 18 de marzo de 1968. Quito.

Ley. Nro. 73. Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Publicada en el Registro Oficial en el Suplemento Nro. 595, de miércoles 12 de junio del 2002. Quito.

Ley Nro. 35. Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Publicado en el Registro Oficial N° 338 de lunes 18 de marzo de 1968. Quito.

Ley Nro. 50. Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por Parte de la Iniciativa Privada. Publicado en el Registro Oficial N° 71 de lunes 02 de septiembre de 2013. Quito.